

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

L A

THÉORIE POSSESSOIRE OBJECTIVE

Étude comparée sur la possession des choses

EN DROIT FRANÇAIS & EN DROIT ALLEMAND

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mercredi 13 mars 1907, à 1 heure

PAR

Paul SCHWAB

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

LAURÉAT DE L'UNIVERSITÉ DE NANCY

Président : M. SALEILLES.

Suffragants : { MM. MASSIGLI, *professeur.*
 TISSIER, *agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1907

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

L A

THÉORIE POSSESSOIRE

OBJECTIVE

Étude comparée sur la possession des choses

EN DROIT FRANÇAIS & EN DROIT ALLEMAND

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mercredi 13 mars 1907, à 1 heure

PAR

Paul SCHWAB

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS
LAURÉAT DE L'UNIVERSITÉ DE NANCY

Président : M. SALEILLES.

Suffragants : { MM. MASSIGLI, professeur.
 TISSIER, agrégé.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1907



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LA THÉORIE POSSESSOIRE OBJECTIVE

ÉTUDE COMPARÉE

SUR LA POSSESSION DES CHOSES

EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT ALLEMAND

INTRODUCTION

Le titre de cet ouvrage, dans sa forme brève et trop scientifique, donnerait à penser à une étude théorique des doctrines multiples depuis Cujas, jusqu'à Jhering. Aussi bien nous ne nous serions pas senti suffisamment maître dans la philosophie juridique pour créer du nouveau, après les études de M. Saleilles (1) et de M. Duquesne (2).

L'influence considérable que les théories d'école ont eue sur le droit positif lui-même, permet de placer la théorie possessoire comme titre à des études sur la législation possessoire actuelle. En pleine activité à notre époque, cette législation représente en effet, avec des caractères accessoires plus ou moins divergents, les aspirations de tous nos

(1) Saleilles, *Eléments constitutifs de la possession*.

(2) Duquesne, *Distinction de la possession et de la détention en droit romain ; son fondement et son critérium*. Thèse Paris, 1898.

grands juristes. C'est toujours la doctrine, quelle qu'elle soit qui va guider le législateur et les aspirations populaires, malgré elles et à leur insu, dans l'évolution toujours en marche du droit.

Parmi les maîtres, Savigny et Jhering seront les plus considérables. Antagonistes sur la possession, leurs deux noms sont liés indissolublement l'un et l'autre et leur estime réciproque (1) en fait la grandeur.

Dans l'application des principes, le législateur (2) a dû se montrer timide ; son œuvre est toute de pratique et doit vivre.

Pour vivre, l'homme compte avec les autres hommes, dont il a besoin pour troquer ce qu'il a de superflu en échange de ce qui lui manque de nécessaire. Il évitera les discussions oiseuses avec eux. Il craindra leur colère.

De même tenir compte du droit des tiers, ne pas le violer injustement pour la satisfaction du raisonnement théorique est le premier devoir de la loi (3). L'Etat chargé de protéger les droits de tous et de chacun veillera et souvent, entraîné par la mauvaise passion de vouloir toujours plus de

(1) Jhering, *Eloge de Savigny*.

(2) Cicéron, *de officiis*, III, 17 : « Aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias, leges quatenus manu tenere possunt, philosophie quatenus ratione et intelligentia ».

(3) La devise : *Summum jus, summa injuria*, doit être prise en considération. Dans la législation, il n'y a pas de droit absolu ; il n'y a que des droits relatifs, qui choquent ou frôlent des droits aussi sérieux et méritant contre toute usurpation, la même protection judiciaire.

pouvoir qu'il n'en a, dans des cas de plus en plus nombreux, interviendra contre l'individu.

L'institution subira aussi les idées religieuses et sociales ; les révolutions scientifiques, même les politiques, l'atteindront et si elle ne se transforme pas, elle tombera écroulée sous le poids des ans comme une construction d'un autre âge.

La pratique (1) révèle à l'usage des défauts que la législation postérieure, tout en restant attachée à la même philosophie, supprime ou modifie. La procédure, exercice de tous les droits, aura sur tout son être une influence prépondérante. La procédure régie par des principes formalistes, déclarera souvent nuls des actes que le droit civil plus avancé dans la marche vers le mieux reconnaît comme valables (2).

Le commerce, au contraire, a besoin de plus de simplicité que le droit civil. Les rapports commerciaux doivent produire plus de conséquences que ne l'indique le droit com-

(1) Dans la possession elle-même, il est tout à fait impossible de faire la preuve de son intention. Le droit français (art. 2230, C. civ.) a établi la présomption de volonté en faveur du détenteur.

Les présomptions légales ne sont que des moyens d'obvier à des inconvénients presque insurmontables. Le législateur suppose que tel fait a eu lieu, parce qu'il serait impossible de le prouver ou, plus souvent, parce qu'autrement il résulterait une insécurité absolue dans les rapports des individus entre eux.

(2) Les principes généraux veulent que toute interruption de prescription, qui suppose la volonté du propriétaire de s'opposer à la prescription soit valable. L'article 2247 du Code civil, décide cependant qu'elle est regardée comme non avenue, si l'assignation est nulle pour vice de forme (2247-1°). — V. aussi : Code de procédure civile, art. 61, 64, 65, 66, 68, 69, 70.

mun (1). Il en résulte que la possession est accordée commercialement plus facilement que civilement. La sécurité des rapports y est plus nécessaire que partout ailleurs ; elle est la base de tout le commerce.

Plus haut, dans la hiérarchie législative, l'interprétation laissée aux juges est plus ou moins large avec les Constitutions (2). La jurisprudence forme à côté de la loi une législation secondaire dont le pouvoir est considérable.

Ainsi, en passant de la doctrine dans la vie normale l'institution se déforme. Elle abdique quelque peu de sa personnalité et de ses caractères, souvent même de son originalité et de ses principes.

La possession plus que toute autre institution a subi ces épreuves.

Sa nature est essentiellement matérielle. Elle naît, dans toutes les théories, d'un fait brutal qui n'a aucun caractère juridique. Souvent c'est un crime, un délit, le vol, l'escroquerie, avec ces circonstances plus ou moins aggravantes. La loi pénale punira même souvent, le possesseur de peines graves justement à cause de sa possession.

(1) Dans le cas de lettre de change acceptée, même sans provision, le Code de commerce, art. 117, décide que le tiré sera tenu. — V. Req., 13 mars 1889, D. P. 90.1.249 ; Civ., 30 novembre 1897, D. P. 98.1.158.

(2) Le pouvoir d'interprétation des juges varie avec les Constitutions et les époques. Avant 1789, les Parlements avaient institué une véritable législation à côté de la loi coutumière, grâce aux arrêts de règlement. De ces arrêts, est sortie toute la théorie française de la possession mobilière considérée comme présomption de la propriété (art. 2279). — V. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, 1905, p. 648 et suiv.

Elle n'apparaît pas par elle-même un droit, sauf si on la confond avec la propriété (1). Elle sera, avant tout, une situation de fait engendrant des effets de droit et elle a hanté l'âme des philosophes, avant que de venir, dans le domaine de la loi positive, prendre la place qu'elle mérite. Elle reste longtemps confinée dans la prescription comme une condition essentielle de celle-ci. Mais elle n'est guère une institution juridique indépendante que sous l'influence de Savigny (2) et Jhering (3).

Son caractère de fait surtout ne permet de lui assigner qu'un domaine restreint qui augmentera de plus en plus. Savigny et Gœthe (4) lui offrent la tolérance législative. Jhering lui donne la liberté d'exister, quand elle n'est pas défendue.

Ainsi de Savigny à Jhering, ce n'est plus un domaine limité par la loi et toléré par elle ; c'est une institution vivante qui peut ce que le législateur ne défend pas, la liberté sauf restriction à la place de la permission exceptionnelle, ne s'étendant qu'à certains faits.

(1) « La possession en tant que droit, ne diffère pas de la propriété, d'après Hegel » ; Andler, *Origines du socialisme d'Etat en Allemagne*, p. 71. — V. Hegel, dans les *Hegels Werke de Ganz* : « On n'a la possession que de ce dont on est propriétaire » ; Hegel, *Philosophie des Rechts* ; *Hegels Werke*, 1854, p. 551, t. VIII. V. *contra* : Lasalle, *Exposé systématique des droits acquis*, t. I, p. 256.

(2) Savigny, *La possession*, 1802, traduit. française, 1866. — V. Kant, *Rechtslehre*, p. 61-70.

(3) Jhering, *Esprit du droit romain*. Etudes complémentaires.

(4) « A l'Etat seul, il appartient de décider si la possession est certaine et sûre. Si on possède avec droit, cela le regarde. » *Wahrheit und Dichtung*, liv. XII. « Il ne te possède pas, il te détient seulement. » *Künstlers Erdenwallen*, liv. III, chap. xii.

L'étude du mouvement possessoire en philosophie est surtout allemand. Les raisons que nous pouvons trouver à ce phénomène sont de plusieurs ordres.

D'abord il faut remarquer que les théories possessoires ont toutes en vue l'explication du droit romain. Le droit romain a pénétré en Allemagne et alors que la France septentrionale restait totalement réfractaire (1), l'Allemagne l'accueillait comme droit commun, à défaut de coutume précise sur les points délicats. Il devient un droit d'école, un peu momifié. Les coutumiers allemands sont forcés d'avoir recours à ce produit d'un autre âge dans cette Allemagne féodale, démembrée entre cent petits Etats, ayant jalousement gardé leurs lois autonomes.

De plus, les études romaines sont très poussées de l'autre côté du Rhin ; et les Allemands qui ont jalousement conservé l'Empire de Charles, se croient en quelque sorte les successeurs de César et de Justinien.

C'est aussi dans la législation des Etats allemands, dans le Code prussien de 1794, que se trouvent pour la première fois rassemblées les règles sur la possession. Avant Savigny, dans la conscience sociale, la possession était déjà élevée à l'état d'institution indépendante.

Le Code prussien ne fut pas étendu aux autres Etats confédérés. Il resta isolé dans la défaite de 1806.

Le Code civil français, par les victoires de nos armées fit

(1) La France méridionale a au contraire admis le droit romain, à l'exclusion de tous autres. Il n'a donc pas le caractère général qu'il a eu en Allemagne.

le tour du monde avec elles. Après 1814, il reste la charte des pays rhénans.

A côté de lui, jalousement, la Bavière, la Saxe, la Prusse ont leur Code et dans la Confédération germanique, les rapports juridiques sont très difficiles entre les Etats.

La Constitution de l'Empire allemand, en 1871, sonna le glas des législations particulières des Etats.

Précédé par un avant-projet de 1880, un premier projet, fait par des savants, fut présenté en 1888. Soumis à la critique, il fut complètement remanié et en 1896, parut le Code civil actuel.

Le premier projet, tout en se réclamant de la théorie de Savigny, est inféodé en fait aux idées nouvelles de Jhering. Il va même plus loin que lui.

Le Code actuel est une victoire déclarée de la théorie objective de la possession. Malgré sa nouveauté, nous verrons qu'il est encore obscur et qu'au milieu même de ses interprètes les plus autorisés la discussion subsiste sur la possession.

La Suisse a suivi le mouvement d'unification législative. Parmi les cantons, les uns suivaient le Code civil français, comme Genève et Neuchâtel ; d'autres avaient une législation propre, comme Zurich.

Le projet suisse est l'œuvre d'un seul homme, M. le professeur Eugène Huber, de Berne. Il admet une théorie objective outrée, confondant la possession et la détention.

En résumé, le mouvement possessoire s'est de plus en plus accéléré vers la théorie objective de la possession.

L'importance de la possession s'accroît de plus en plus avec le domaine des obligations. A mesure que les rapports juridiques des hommes entre eux se multiplient, le besoin devient plus pressant d'accorder des protections à ceux qui détiennent une chose en vertu de l'un de ces rapports.

A l'époque lointaine des XII Tables, le lien réel était seul connu et la possession était une sorte de propriété incomplète. Il en est ainsi dans le Code civil français, fidèle imitateur de Savigny. La possession manifeste la propriété (1).

Au cours du XIX^e siècle, la possession diffère de plus en plus de la propriété. Elle n'en est plus un diminutif; elle est tout autre chose.

La possession est aussi un moyen d'acquisition de propriété par la prescription ou lorsqu'il s'agit des meubles, par une présomption irréfragable, théoriquement ou pratiquement.

Nous avons dû négliger ces conséquences intéressantes, nous bornant à l'étude de l'évolution de la possession elle-même. Aussi bien le travail a été déjà entrepris pour les meubles (2) et la prescription perd de plus en plus d'importance pour les immeubles, dans le droit moderne, par la création des livres fonciers.

(1) Hegel, *Philosophie des Rechts*, loc. cit.

(2) Saleilles, *Possession des meubles*, 1907, p. 66 et suiv.

LES THÉORIES D'ÉCOLE

SAVIGNY. — LA THÉORIE SUBJECTIVE

La théorie possessoire est déjà très complexe par elle-même. Mais elle est rendue encore plus obscure par le désaccord des auteurs sur le sens même du mot possession. Chaque définition est personnelle à celui qui l'a créée et ne s'adapte pas à celle des autres. Le domaine de la possession, ses éléments essentiels vont varier avec les auteurs et les législations.

Le premier auteur qui se soit occupé de l'institution juridique que constitue la possession, (Savigny), dans son ouvrage sur « La possession » (1803), appelle ainsi toute situation dans laquelle un individu peut non seulement disposer lui-même d'une chose, mais encore la défendre contre toute attaque étrangère (1). Il faut que la chose puisse être appropriée. La possession ne sera possible que s'il est licite de l'appréhender. Savigny a éclairé cette définition d'un exemple : « Le batelier possède son bateau, mais non l'eau sur laquelle il navigue, quoiqu'il se serve de l'un et de l'autre pour arriver à ses fins » (2).

La possession n'est pas une situation créée par un fait

(1) Savigny, *Traité de la possession*, traduct. franç., 1866, p. 6 et suiv.

(2) Savigny, *Traité de la possession*, p. 7.

brutal, indépendamment de tout droit, de toute idée juridique et respectable par cela seul qu'elle est possible, sur toute chose comme l'appréhension manuelle elle-même.

C'est un état privilégié que dans certains cas le législateur reconnaît, par exception aux règles générales du droit. Pour ce, il peut exiger toutes les conditions qui lui semblent justes.

Le préteur romain dont nous sommes les lointains héritiers à travers les siècles se faisait de la possession une image de la propriété. Elle n'est possible que sur les objets qui sont dans le commerce (1). Elle est exclusive, perpétuelle et aliénable. La première possession est bien celle des fonds provinciaux qui, à une époque très avancée, est une véritable propriété (2).

Possession issue du fait. — Au début de toute possession, il y a une prise de la chose. Mais cet acte matériel, s'il est nécessaire, n'est pas suffisant. Il crée uniquement une situation, la détention, que les principes et le législateur n'ont pas à envisager. Savigny trouverait inadmissible qu'en dehors de tout élément de volonté, exprimée ou présumée, une appréhension puisse créer une situation de droit.

Cependant, dans des cas strictement limités par les textes, sous des conditions arbitrairement fixées par eux, cette

(1) Voir l'exemple de Savigny rapporté précédemment.

(2) Il faut considérer les fonds provinciaux avant les réformes de Justinien.

détention sera appelée à une place dans le domaine du droit, elle deviendra possession.

La possession et la détention ont une nature totalement différente. La détention n'est que passagère. Le possesseur veut garder la chose et le détenteur sans aucune protection devra la lui rendre, s'il l'a entre ses mains.

La détention est dépendante ; le détenteur est lié envers le possesseur par l'obligation de restituer et, en cas de trouble, le détenteur devra s'adresser au possesseur pour faire respecter le droit de possession.

Dans le cas de détention, la possession restera confondue avec la propriété et ce sera même la situation normale de celle-ci.

La transformation de la détention en possession a des effets très considérables à Rome (1).

La possession, permet l'usucapion. Pour elle, il suffit de toute possession qui ait commencé d'une façon certaine ; l'exercice de l'action publicienne donne au possesseur qui n'a pas eu le temps d'usucaper le moyen de garantir sa propriété en voie de formation contre tout trouble (2) ; elle se combine avec toute possession capable de produire l'usucapion (3). Dans toute contestation sur la propriété, la possession fait gagner le procès au possesseur, si l'adversaire ne prouve pas son droit de propriété et le possesseur n'a rien à prouver.

(1) Savigny, *La possession*, p. 19 et suiv.

(2) Voir Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1901, p. 347.

(3) Comme autre effet, Savigny mentionne le droit de rétention appartenant au possesseur contre le propriétaire.

La protection du préteur se traduit d'abord par l'autorisation donnée au possesseur de se défendre par la force et enfin par les interdits, véritables actions honoraires à son seul usage.

Là est la grande utilité de la possession. Se servir des interdits à Rome, c'est recourir à une procédure plus comode, moins coûteuse, moins difficile surtout dans les moyens de preuve que les actions de la loi ou la formule.

Interdits. — « Le *jus possessionis*, c'est-à-dire le droit qui découle de la possession consiste uniquement dans la faculté offerte au possesseur d'invoquer la protection des interdits, dès que la violation de sa possession revêt une forme déterminée » (1). Savigny a bien défini ce droit de possession comme une faculté de se servir des interdits, tant cet avantage lui semble considérable. Il a ainsi donné une importance capitale à leur étude, puisqu'il la confond avec celle du *jus possessionis*.

Le fondement des interdits réside dans l'inviolabilité de la personne du possesseur lui-même. Le trouble ou la dépossession qu'il a subie ne vient pas porter atteinte à un droit réel, la possession, il n'y a pas d'action pétitoire *lato sensu* qui puisse remettre en possession le demandeur. La revendication n'est permise que pour la propriété et les droits réels dont la possession est exclue. Cependant le possesseur a vu son état, son patrimoine, sa personne par conséquent amoindrie injustement et il mérite une réparation.

(1) Savigny, p. 32.

Savigny voit dans les interdits une application très ancienne du principe contenu dans l'article 1382 du Code civil français.

Le prêteur a pensé que la meilleure manière de réparer le dommage était de remettre les choses dans l'état primitif, de replacer en possession le malheureux injustement troublé.

De là, les interdits, actions éminemment personnelles, ayant pour objet l'indemnisation d'un préjudice, aboutiront souvent à une remise en possession, sans avoir rien abdiqué de leur nature. Le prêteur a étendu ici le domaine de la *restitutio in integrum* (1).

Éléments constitutifs de la possession. — La possession exige deux éléments essentiels, l'*animus*, purement subjectif, volonté, intention et le *corpus*, acte physique d'appréhension.

Le *corpus* doit avoir pour effet, dit Savigny, « de mettre le possesseur à même de pouvoir, à l'exclusion de tout autre, traiter la chose comme bon lui semble, c'est-à-dire de pouvoir exercer sur elle le droit de propriété ».

Cet élément ne peut être qu'à certaines conditions. La possibilité directe et immédiate de soumettre la chose à un pouvoir physique oblige la chose à être sous la main ou à proximité du possesseur. Cependant il n'est pas besoin d'« un attouchement immédiat de la chose, réel ou feint, une prise de possession matérielle déjà réalisée ». Il suffit que la

(1) Voir Girard, *Manuel de droit romain*, p. 1048 et suiv.

prise de possession (1) soit possible dès qu'il sera loisible au possesseur, et même les faits parleront suffisamment s'il s'en dégage la simple possibilité de cet acte, voulu par lui (2).

En tous les cas, cette appréhension doit être voulue. Il faut une *Besitzwille*, qui la corrobore. Cette volonté que nous rencontrons dans l'élément objectif de la possession ne sera pas recherchée hors de l'acte d'appréhension. C'est à qu'elle devra éclater.

La *Besitzwille* consistera dans la volonté de faire cette appréhension en vue d'acquérir la protection des interdits, le *jus possessionis*.

L'*animus* consiste dans une volonté purement subjective du possesseur d'exercer la possession pour soi-même. Pour Savigny, elle se confond avec l'intention d'exercer le droit de propriété (3).

Donnés pour indemniser le possesseur de la perte ou du trouble de possession, les interdits ne peuvent pas servir au détenteur agissant au nom d'un tiers et ne prétendant en aucune façon à un droit sur la chose exclusif et perpétuel.

Si quelqu'un est lésé, c'est seulement le possesseur dont le détenteur se reconnaît le subordonné, le *Besitzhalter*,

(1) Paul, D. XLI, II, I, 24, *de possessione* : « Non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu. »

(2) V. Saleilles, *Éléments constitutifs de la possession*, p. 9 et suiv.

(3) Savigny, p. 96-97 : « Si le détenteur veut exercer le droit d'autrui, droit qu'il reconnaît par cela même, il n'a pas cet *animus possidendi* qui est nécessaire pour que le fait de la détention se transforme en possession. »

dirait-on en droit moderne. Le patrimoine du détenteur n'a subi aucune lésion si on en fait sortir un droit qui n'y a jamais figuré.

Grâce à cette exigence on verra le voleur (1) et le recéleur devenir possesseurs et réclamer à bon droit la protection législative. Au contraire, le créancier gagiste et le locataire (2) ne seront que de simples détenteurs et puiseront leurs seuls droits dans la lettre (3) même qui les lie au possesseur. Ainsi Savigny refuse à tous ceux qui n'ont pas l'*animus domini* la protection possessoire, même à ceux qui par contrat ont obtenu la jouissance de la chose. Le droit romain dans des cas de détention particulièrement intéressante se contente d'un *animus* différent de l'*animus possidendi*, c'est-à-dire que la volonté consiste ici à vouloir acquérir la possession « de cette manière et au point de vue que nous supposons » (4). Il faut supposer que par contrat un propriétaire cède sa possession tout en gardant sa propriété, et le nouveau possesseur ne peut pas évidemment se

(1) Le voleur a, par le fait même du vol, prouvé qu'il voulait s'approprier la chose. — V. C. pénal français, art. 379.

Pour le recéleur, il est des cas où le recéleur possède pour autrui et par conséquent détient. — A Rome, le vol constituait un vice qui suivait la chose en quelles mains qu'elle passe. Le voleur ne pouvait posséder par cela même.

(2) Le Code français (art. 1719) fait aussi du locataire un simple détenteur.

(3) Tout individu qui détiendra en vertu d'un titre exclusif de propriété sera incapable d'être possesseur, et cela sans qu'il soit besoin pour le législateur de lui enlever sa protection.

(4) Savigny, p. 221.

croire ou se gérer comme propriétaire. Il y a là alors possession dérivée.

Les interdits constituent une mesure de police, de paix sociale ; pour les accorder le prêteur exige l'*animus domini*, c'est-à-dire un élément subjectif, toujours contestable. Le possesseur ne sera jamais sûr d'être protégé, s'il ne fait la preuve de son *animus* (1).

Aussi toutes les législations qui ont suivi Savigny, devant la difficulté de cette preuve, ont été réduites à établir une présomption en sa faveur (2) ou à dresser une longue liste d'*actus possessorii* (3), déterminant a priori la possession. Il semblerait assez naturel qu'à contrario le mot de détention s'appliquât à toute situation de fait, basée sur une appréhension, en dehors de toute intention du détenteur. Savigny ne l'admet point. Sa détention à lui est une possession différente. Pour être détenteur, il faut avoir un *animus*, l'*animus detinendi*, au lieu de l'*animus possidendi*, c'est-à-dire la volonté de retenir pour soi une chose dont un autre est possesseur.

Pour qu'une situation de fait mérite même un nom dans le droit, il faut une intention ; le fait ne crée pas le droit dans l'école nouvelle, s'il n'est pas raisonné et voulu (4).

(1) Lorsqu'il s'agira d'un possesseur, il sera très difficile pour lui de prouver qu'il n'est pas qu'un simple mandataire. — V. Jhering aussi, *Scherz und Ernst in Jurisprudenz*, p. 61.

(2) Système de l'art. 2230 du Code civil français.

(3) Code bavarois et Landrecht de 1794. — Jhering, *Le rôle de la volonté dans la possession*, p. 145.

(4) Cet élément intentionnel qui réside chez le possesseur ou le détenteur constitue l'originalité du système. A deux places, dans l'*ani-*

La contradiction paraît flagrante entre les prémices et la conclusion. Les interdits qui sont des actions de protection sociale, destinées à garantir les situations acquises dans l'intérêt de la paix, sont réservés à un petit nombre de ceux qui, sans être propriétaires, exercent des droits sur une chose. Par cela même ils manquent à leur mission qui consiste à indemniser la victime de trouble possessoire, à remettre ses biens dans l'état antérieur. L'injure faite à la personne existe aussi bien vis-à-vis de celui qui a la chose sans être possesseur que vis-à-vis du possesseur lui-même (1). Ce n'est pas au tiers sans aucun titre, à juger de la validité de la possession. Il doit, dans l'intérêt social, respecter les situations établies.

Ces interdits font double emploi avec les autres actions délictuelles (2). Contrairement aux principes généraux

mus et le *corpus*, il faudra s'en rapporter à ses intentions. Cet élément a donné son nom à la théorie.

La détention a besoin comme la possession, d'une appréhension, voulue d'un *corpus* calqué sur le sien.

(1) Jhering, *Fondement des interdits possessoires. Critique de la théorie de Savigny*, trad. Meulenaere, p. 7. — Savigny se justifie de la manière suivante : ou bien le détenteur pour autrui est d'accord avec le possesseur véritable et celui-ci agira en son nom propre. S'il est en désaccord avec lui, il ne pourrait intenter les interdits même s'il les avait, car il violerait les termes de son engagement envers le possesseur (*La possession*, p. 40). Savigny mélange ainsi deux choses bien nettement séparées en droit : ce contrat qui a permis la détention, le rapport obligatoire entre le possesseur et son détenteur, et le délit qui oblige un tiers envers le détenteur. Il est impossible de ne permettre l'exercice de l'action délictuelle qu'au possesseur, la détention étant un élément du patrimoine comme et au même titre que la possession.

(2) V. Girard, *Manuel de droit romain*, p. 397 et suiv.

ils sont refusés aux impubères et aux esclaves qui ont toujours été créanciers des délits, au contraire accordés aux possesseurs sans détention à qui les mêmes principes les refusaient.

Cette notion délictuelle de Savigny ne correspond pas à la réalité. Le délit à Rome (1) exige un fait positif, défendu par la loi. Pour l'auteur, il faut alors chercher une violence contre le possesseur pour l'exercice des interdits. Cette condition nouvelle n'existe pas dans la plupart ; les plus connus d'entre eux, *utrubi et uti possidetis*, n'ont jamais été donnés sous la condition que des violences aient été exercées contre le possesseur (2). Dans le cas de violence, l'interdit *unde vi* a été créé qui, lui, porte dans sa formule l'exigence de la violence (3). Comment admettre que les Romains en aient fait mention dans un cas et se soient tus dans l'autre ?

Savigny, lui-même, est gêné par l'étroitesse de sa protection possessoire et invente la possession dérivée.

La possession dérivée repose sur l'idée de représentation du possesseur par le détenteur. Le séquestre, le dépositaire, le précariste, le créancier gagiste sont des possesseurs *alieno nomine* et aucun ne doit avoir droit aux interdits. Le législateur romain a fait pour certains d'entre eux une exception

(1) Girard, p. 389.

(2) La formule de ces interdits que nous avons conservée ne le porte pas. — V. Girard, p. 275 et D. 43.17 *uti possidetis*, 1, *principium*.

(3) Savigny ne donne l'interdit *unde vi* que dans le cas de la dépossession frauduleuse, c'est-à-dire qu'il étend le sens de la *vis* au manquement frauduleux de vol. De plus, cette violence s'adresserait à la personne même du possesseur.

de faveur. Il les a considérés comme ayant reçu du possesseur l'exercice des droits afférant à la possession et en même temps l'exercice des interdicts. Or le fermier à qui l'interdit est donné, n'est à aucun titre un lieutenant de possession du bailleur. Il entend fort bien exercer pour lui seul les droits que le contrat de bail lui a donnés (1).

Il résulte de cela que toutes les exceptions au principe, ne rentrant pas dans la possession dérivée, ne peuvent s'expliquer à Rome avec l'aide de la logique. Le système de Savigny, au point de vue théorique est fort critiquable. Les effets pratiques sont très mauvais aussi.

Le juge aura dans chaque hypothèse à distinguer s'il y a possession ou si le possesseur n'a pas voulu être uniquement un mandataire (2).

Pour ce, il devra se placer au point de vue subjectif, du côté du sujet de droit et dans son intention voulue et cachée, rechercher sa pensée. Il en sera réduit dans cette tâche à suivre sa propre imagination ou bien la loi viendra à son secours par le système des présomptions.

Ainsi, contrairement à la croyance générale, le possesseur ne sera qu'un détenteur, s'il l'a voulu ainsi.

Le Code civil français de 1804, dans son article 1136, applique ce principe. Dès l'instant où le possesseur déclare posséder pour autrui, la tradition est effectuée et il ne possédera plus pour son compte. Dans la théorie de Savigny,

(1) Girard, p. 266.

(2) Jhering, *Scherz und Ernst in Jurisprudenz*, p. 63 et suiv.

la volonté individuelle (1) peut transformer l'*animus domini* en *animus detinendi alieno nomine*.

Comme conclusion logique, la nature du rapport possessoire devrait être abandonnée à la volonté de celui qui tient la chose. Cependant personne n'a été jusque-là (2). Ce serait l'insécurité légale des situations acquises.

En somme, cette théorie, à côté d'avantages considérables, présente des inconvénients très appréciables dans le droit positif, parce qu'elle ne tient pas suffisamment compte des rapports de l'individu avec la société et qu'elle fait dépendre l'existence d'un droit d'éléments subjectifs dont la recherche se fera hors du domaine que peuvent ou doivent connaître les tiers.

(1) La théorie du Code français est en pleine contradiction avec le principe romain de la tradition réelle.

(2) Jhering, *Volonté dans la possession*, p. 10 et suiv. — V. aussi Thibault, *System des Pandectenrechts*, 8^e éd., t. I, § 208.

JHERING. — LA THÉORIE OBJECTIVE

Possession à Rome. — La recherche d'une intention dans une procédure sembla à Jhering tout au moins singulière dans un pays où les contrats étaient de droit strict (1). Le commerce, à Rome comme ailleurs, ne pouvait guère s'accommoder de situations peu sûres. De plus, les interdits dans la théorie de Savigny font double emploi avec les actions délictuelles, et il serait étonnant que le préteur ait créé une procédure nouvelle dans un cas où il y en avait déjà une (2).

Les interdits ne sont que des incidents (3) de la procédure de revendication de propriété. Le préteur accorde par eux les *vindiciæ* à l'une des parties ; en d'autres termes, il lui assigne la possession provisoire pendant la durée du procès. C'est le but des interdits.

La possession du reste n'a pas grand intérêt dans l'ancienne procédure romaine. Elle ne confère pas au possesseur le rôle de défendeur ; car il n'y a ni défendeur, ni demandeur

(1) Alors que pour les contrats le préteur devait s'en tenir aux termes mêmes de l'engagement, sans chercher la solution dans des faits extérieurs, les interdits auraient exigé pour leur exercice une intention qui ne se voit pas dans le fait même et qu'il faudrait rechercher en dehors de lui.

(2) Les interdits ne seraient donc une institution indépendante qu'à la condition de ne point exiger la violence.

(3) Jhering, *Interdits possessoires*, p. 66 et suiv.

Les deux parties réclament *idem*, la même chose : la propriété. Dans le choix du possesseur provisoire, le prêteur n'est guidé par aucune règle fixe, il peut remettre l'objet litigieux à qui bon lui semble ; sans doute ce sera en général à celui qui paraît au premier abord exercer les droits du propriétaire, et c'est, avant tout examen, à la conscience sociale qu'il demandera de juger de la possession intérimaire.

Ainsi pour la première fois, nous voyons intervenir une force nouvelle dans le droit, la collectivité vis-à-vis de l'individu.

Bénéficiaires de l'interdit. — Normalement le propriétaire seul se servira des interdits possessoires. L'action en revendication sera peu intentée par un non-propriétaire à cause des rigueurs de la *manus injectio*, et très rarement le voleur et l'usurpateur en profiteront ; même pour un propriétaire dépouillé ce sera toujours dangereux.

La protection de la possession, extériorité de la propriété aux yeux des tiers, est un complément nécessaire (2) de la propriété elle-même. Si à chaque fois que le propriétaire est dépossédé ou troublé dans la jouissance, il était obligé de faire la preuve de son droit, il succomberait faute de la pouvoir et hésiterait toujours devant la difficulté. Les interdits lui ont permis d'agir comme possesseur sans avoir à tenir la preuve de cette propriété.

La paix sociale qui ne peut subsister que dans le respect

(1) V. Girard, p. 977 et suiv.

(2) Jhering, *Interdits possessoires*, p. 42 et suiv.

des droits de tous, est satisfaite, lorsque le propriétaire d'un objet peut faire respecter l'exercice normal de son droit contre tous les tiers sans droit. Les interdits sont éminemment une mesure de paix sociale : ils n'ont point été créés pour punir civilement un délit, comme le disait Savigny.

Il était impossible de ne point faire profiter de cette faveur le non-propriétaire qui, aux yeux du monde, paraît exercer des droits, sans donner à l'interdit le caractère d'action pétitoire, s'appuyant sur le droit de propriété et sans le confondre avec la revendication. La preuve de la possession est aussi une simple démonstration de son extériorité et tout individu aura prouvé sa possession, dès l'instant où il sera possesseur dans la conscience de ses compatriotes (1).

Dans la contestation possessoire le fond du droit n'est pas touché. Savoir si un individu exerce les droits du propriétaire aux yeux de la foule ou s'il est véritablement propriétaire suivant les preuves de la loi, ceci constitue deux choses différentes. L'une est une question de fait, l'autre une question de droit, qui ne se mélangeront jamais (2). D'où exclusion du pétitoire dans le possessoire.

La possession n'est pas une situation exceptionnellement favorable que la loi a créée dans certains cas. Ce qui est exceptionnel, c'est au contraire le manque de protection de la

(1) Dans le droit romain, le voleur ne peut être possesseur de la chose volée ; car la chose volée est insusceptible d'être objet de droit, par le fait même du vol, entre toutes mains où elle passe.

(2) Les règles de la preuve seront souvent différentes, que ce soit un fait ou un droit, et les autorités qui seront chargées de juger ne seront point les mêmes.

détention. La volonté de posséder ne sert pas de critérium à la possession. Elle n'a rien à faire ici « car elle est exactement la même chez le détenteur et chez le possesseur ; la théorie objective trouve la cause de cette distinction, dans ce fait que, mû par des motifs pratiques le droit a, dans certains rapports, enlevé les effets juridiques de la possession au concours cependant parfaitement réalisé de toutes les conditions légales de cette dernière » (1). Le droit met une entrave à la possession et si l'obstacle disparaît, la détention se convertit en possession (2).

L'élément constitutif. — Le possession n'est plus réalisée par le concours de deux éléments, le *corpus* et l'*animus*. L'*animus*, élément subjectif dont la preuve réside hors de la possession, *animus domini* ou *alieno nomine possidendi*, n'est plus un élément indépendant et se combine avec le *corpus*. Le *corpus* lui-même a évolué. Il consiste en une appréhension voulue qui, aux yeux de la société, donnera à l'individu l'apparence d'un propriétaire. La volonté nécessaire est celle de se servir de la chose suivant ses propres besoins. Elle se révélera par l'acte d'appréhension lui-même et le juge n'aura pas à la rechercher ailleurs que dans l'exercice de la possession (3).

(1) Jhering, *Rôle de la Volonté dans la possession*, traduct. Meulenaere, 1891, p. 45.

(2) Ainsi si le père de famille meurt, le fils de famille qui n'a pas eu connaissance de ce décès et qui entre en possession d'un objet devient possesseur.

(3) Jhering, *Volonté*, p. 31. — Dans la théorie de Savigny « on place ainsi sur une seule et même ligne le *corpus* et l'*animus* comme deux éléments complètement indépendants et on risque de tomber dans

Aussi l'acte qui a introduit en possession, la *causa possessionis*, a une importance considérable ; elle sera un des meilleurs moyens de prouver cette volonté (1).

La volonté devra être l'œuvre d'un individu conscient. Il n'est pas nécessaire d'avoir la capacité d'acquérir des droits pour devenir possesseur. La possession est un fait qui exige simplement la capacité d'agir.

En résumé, toute possession consiste dans le fait extérieur de l'exploitation conformément à l'exercice d'un droit, jointe à la volonté de réaliser cette exploitation à son profit (2).

Cette volonté de réaliser sera présumée par le fait même de l'appropriation. « La volonté apparente implique la volonté de posséder » (3), de même que dans la vente ou le louage, on ne prouve pas l'*animus vendendi* ou *locandi*.

C'est aussi le droit commun d'exiger pour la validité, pour l'existence d'un fait juridique qu'il soit voulu par un individu sain d'esprit et la détention ne peut exister pas plus que la possession, si le détenteur est dépourvu de

l'erreur de croire que le *corpus* est possible, sans l'*animus*, tout aussi bien que l'*animus* est possible sans le *corpus*. » En réalité, le *corpus* ne peut exister sans l'*animus*, pas plus que l'*animus* sans le *corpus*.

(1) La question de preuve constitue une des grandes préoccupations de Jhering. Elle ne doit pas être très difficile et pour en apprécier la valeur, le juge ne doit pas avoir besoin de faire des recherches pénibles et longues. — V. Jhering, *Volonté*, p. 126. « La mécanique juridique, comme toute autre, est soumise à la loi de réduction des forces par le frottement et le législateur, comme le constructeur, doit éviter cette déperdition de forces. » *Ibid* : « La difficulté de la preuve a contribué à faire rejeter l'*animus possidendi*, qui n'est pas pratiquement démontrable directement. »

(2) Saleilles, *Éléments constitutifs de la possession*, p. 120 et suiv.

(3) Jhering, *Volonté*, p. 165.

toute raison agissante, s'il est dans les langes ou s'il est dément (1).

Etat de fait, la possession engendrera des droits par son existence même et elle pourra être exclusive (2) comme la propriété, mais elle pourra aussi n'être que partielle, concomitante avec d'autres sur une même chose indivisément ou divisément sur des parties (3).

On pourra ainsi voir sur un même immeuble un individu posséder l'usufruit et un autre la nue propriété.

La théorie de Jhering constitue un progrès considérable. Il n'est pas dans les habitudes du législateur de consacrer le droit que par sa seule volonté l'individu a acquis sur une chose, si il n'y a point à cela un intérêt socialement reconnu, admis par l'erreur commune.

La société, tolérant la possession, la protège.

Cette notion de la possession protégée variera suivant les croyances populaires, suivant même les tribunaux. Mais si elle est bien entrée dans les mœurs juridiques, il se formera une jurisprudence assez stable pour la sécurité des rapports commerciaux.

(1) Le dommage causé par un dément même ne constitue pas un délit parce que la volonté n'existe pas et il ne donne pas lieu à une action en dommages-intérêts contre lui. — Voir Req., 21 octobre 1901, D. P. 01.1.524 et rapport de M. le conseiller Letellier. *A fortiori* pour l'acquisition d'une situation juridiquement protégée, il faut la capacité d'agir.

(2) Dans la théorie subjective, la possession, image de la possession, est toujours exclusive.

(3) On pourra posséder une partie d'une maison, tandis qu'un autre possédera le reste. Le Code civil allemand de 1896 a prohibé la propriété de parties de maison, pour des raisons économiques, quoique les principes juridiques la permettent.

Théorie de M. Saleilles. — M. Saleilles propose une théorie objective qui fonde la possession sur un rapport d'appropriation économique. Tout individu est possesseur qui, « au point de vue des faits, apparaît comme ayant une jouissance indépendante et comme étant celui de tous ceux entre qui existe un rapport de fait avec la chose, qui doit être considéré à juste titre comme le maître de fait de la chose » (1).

L'auteur se distingue de Jhering sur la notion du *corpus* possessoire. Tandis que celui-ci y voit la manifestation « d'un rapport d'appropriation correspondant au droit de propriété », pour M. Saleilles, la possession est un rapport d'appropriation économique (2).

De ces deux conceptions distinctes, découlent des conséquences différentes. Sans doute pour les cas les plus fréquents, les faits qui manifesteront l'appropriation feront partie aussi bien du domaine économique que de ceux que le propriétaire peut faire : semer, labourer un champ, louer un immeuble, percevoir les redevances ; car le droit du propriétaire est le plus absolu qu'il soit, comprenant tous les autres.

Cependant, au lieu de s'en tenir à une étude de la possession prise en un moment donné, sans s'occuper de ce qui est avant et ce qui sera après (3), on peut facilement conce-

(1) Saleilles, *Éléments constitutifs de la possession*, p. 203.

(2) *Ibid.*, p. 71.

(3) Voir à ce sujet la théorie des vices dans toutes les législations et le transfert de possession.

voir que « le fait matériel de la possession puisse maintenant révéler un rapport économique qui ne suscite à l'esprit aucun droit susceptible de lui correspondre d'une façon positive et formelle, témoin le cas où cette situation aurait débuté par la violence et fini par elle » (1).

La théorie de Jhering se contente de faits juridiques, lorsqu'ils sont de nature à révéler une situation de propriétaire. Le transfert de possession serait par exemple un acte de vente, sans doute nul, mais qui révélerait l'exercice du droit du propriétaire. Or la possession est un fait et « les circonstances extérieures susceptibles de révéler le maître de la chose ne pourront jamais s'identifier avec un acte purement juridique, comme le serait l'inscription au Grundbuch » (2).

La théorie de M. Saleilles mène ainsi à considérer la possession comme créée au profit de celui qui exploite, qui s'approprie une chose (3).

Ici disparaît le dernier élément subjectif. C'est à la conscience sociale à révéler si tel acte correspond à l'exploitation d'une chose suivant son but économique. La science sera une précieuse auxiliaire. Elle permettra de distinguer le vrai possesseur dans bien des cas où la définition de Jhering s'appliquerait difficilement.

(1) Saleilles, *Éléments constitutifs de la possession*, p. 83.

(2) *Ibid.*, p. 85

(3) Pour les tiers, l'exploitation est le moyen extérieur de révéler l'appropriation ; exploiter une chose, c'est se l'approprier de façon à en retirer un usage dans un but déterminé.

LA POSSESSION DANS LE DROIT POSITIF. LA NOTION DE POSSESSION

La possession d'une chose, dit l'article 854 du Code civil allemand de 1896, s'acquiert par l'obtention du pouvoir de fait (*Thatsächliche Gewalt*) sur cette chose (1).

Ainsi se trouve décidée la nature de la possession. Eminemment la possession est un fait.

Code civil français. — Le Code civil français avait déjà esquissé une théorie de la possession, comme accessoire de la prescription, dans les articles 2228 et suivants. Il ne l'a envisagé que dans ce cas très spécial et il a insuffisamment dégagé les caractères particuliers qui en font une institution indépendante. Composée en majorité de coutumiers, la commission de rédaction de 1804 n'a rien voulu que suivre les doctrines de Pothier, auteur d'un traité sur la possession (2). C'est à lui qu'il faut demander le sens de notre loi nationale.

Le législateur français ne s'occupe pas du tout de la nature de la possession. Il la suppose bien établie et il définit seulement quels sont les actes que le possesseur peut faire. Il jouit de la chose. Il la détient. Aussi dès la publication du

(1) Code civil allemand, traduction française publiée par ordre du gouvernement, 1906 (Comité de Législation étrangère).

(2) Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. II, p. 405 ; Pothier, *Traité de la possession*.

Code civil, certains auteurs ont voulu y voir un droit réel de même ordre que la propriété et que l'usufruit. Il consisterait « essentiellement dans le droit d'occuper la chose exclusivement tant qu'un autre ne prouve pas qu'elle lui appartient, ce droit présente tous les caractères d'un droit absolu, *adversus omnes* » (1).

Outre qu'il est mauvais de définir un droit par lui-même, l'auteur a confondu le droit d'occuper une chose qui découle d'un contrat ou d'un droit réel et un état de fait, détention ou possession qui subsiste et existe par lui-même. Son erreur vient d'une fausse notion du droit réel. Le droit réel (2) n'est pas un rapport d'ordre juridique entre un individu capable d'agir et une chose inerte, car il équivaudrait à une créance de l'individu contre la chose et une dette ou obligation de la chose envers l'individu (3). Le rapport entre la chose et la personne n'a rien de juridique, c'est un fait que la loi a considéré comme suffisamment important pour lui accorder une protection spéciale (4). Il

(1) Blondeau, *Chrestomathie*, p. 267. — V. Marcadé sous l'article 2228, n° 4, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*.

(2) Aubry et Rau, t. II, § 172, p. 72, 5^e édit., définit les droits réels comme ceux qui « créant un rapport immédiat et direct entre une chose et la personne au pouvoir de laquelle elle se trouve soumise, d'une manière plus ou moins complète sont par cela même susceptibles d'être exercés non seulement contre telle ou telle personne, mais contre tous ». Cette définition donne une trop grande importance au rapport de fait entre l'individu et la chose ; mais elle aperçoit la vraie nature du droit réel, rapport entre le titulaire du droit et les autres personnes de droit.

(3) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, p. 280.

(4) V. la définition du droit de Jhering, *Esprit du droit romain*, t. IV, § 71, p. 337. Trad. Meulenaere. La possession est alors un droit

n'est pas nécessaire de faire appel à l'article 543 (1) qui ne mentionne pas la possession parmi les droits réels, le caractère limitatif de cet article est très contesté (2).

La définition du Code est empruntée à Pothier ; on peut « définir la possession comme la détention d'une chose que nous tenons en notre puissance par nous-mêmes ou par quelqu'un qui la tient pour nous et en notre nom (3) ».

La possession est donc uniquement la jouissance ou l'exercice soit par nous-même, soit par un autre d'un droit réel que nous avons ou prétendons avoir sur une chose.

Ainsi il faut un droit réel, vrai ou inexistant pour posséder sous l'empire du Code civil de 1804. Le possesseur doit prétendre au droit de propriété ou de servitude, repousser toute ingérence des tiers, dénier toute autorité autre que la sienne. Pour ce, il faut que la chose puisse être l'objet de propriété (4), dans le commerce par conséquent ; sont exclus de la possession les immeubles dépendant du domaine public (5).

L'incapacité de vouloir empêche les enfants et les fous d'acquérir la possession par eux-mêmes, de même que la propriété.

parce que « tout droit est un intérêt juridiquement protégé, c'est la sécurité publique de la jouissance ».

(1) Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, p. 166.

(2) Notamment pour le droit de chasse. — V. Aubry et Rau, t. II, p. 362 et arrêt d'Amiens, 18 août 1891, D. P. 91.2.248.

(3) Pothier, *Possession*, nos 1 et 38.

(4) La propriété doit avoir les caractères qu'exige l'article 544 du Code civil.

(5) Garsonnet, *Cours de procédure civile*, t. I, nos 133 et 186 ; Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, p. 402 et suiv.

La possession n'est donc que l'exercice d'un droit ; « en réalité ce n'est point la chose que l'on possède, mais c'est le droit que l'on a ou que l'on prétend avoir sur une chose » (1).

La définition de l'article 2228 ne s'applique qu'à celui qui a l'*animus domini*, qui détient la chose comme propriétaire ou titulaire du droit. Cette volonté n'éclatera nullement dans les actes de possession, et elle devra être recherchée dans les sentiments les plus intimes du possesseur. Or cette recherche serait impossible dans la plupart des cas et on est obligé de présumer l'*animus domini* (art. 2230). Cette présomption est une négation du principe que le demandeur doit faire la preuve de son droit. Ainsi le possesseur exerçant une action possessoire sera dispensé de prouver que la détention a tous les caractères de la possession et le défendeur, pour être absous, devra faire la preuve contraire (2).

Il faut aussi une appréhension corporelle par le possesseur, un *corpus*. Ce sera tout acte ou fait matériel qui dénote la possibilité d'agir sur la chose. Les actes juridiques sont insuffisants, car ils peuvent être faits aussi bien par un non possesseur que par un possesseur. Un propriétaire peut donner à bail un immeuble dont il n'est pas possesseur (3). Cela n'empêchera pas la possession de lui être perdue et il devra exercer la revendication ou les actions possessoires contre celui qui détient indûment l'immeuble. C'est une

(1) Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, p. 155.

(2) Bonfils et Beauchet, *Procédure*, p. 316.

(3) Dans ce cas le contrat sera valable, mais l'exécution en sera tout à fait impossible. V. Planiol, t. I, p. 332.

conséquence du caractère relatif des actes juridiques (1).

La possession est une détention exceptionnellement favorable en droit français, accordée dans des cas bien limités par la loi. La détention, au contraire, n'est rien ; c'est un fait sans aucune conséquence juridique qui ne mérite pas de protection pour lui-même.

Les inconvénients pratiques de ce système ont fait bien réfléchir les auteurs et Troplong(2) a essayé de soutenir, sans aucun succès d'ailleurs, que les simples détenteurs rentreraient dans la définition de l'article 2228. Il s'appuyait sur la confusion de langage du Code qui appelle le détenteur possesseur précaire.

« Posséder pour autrui, a dit Marcadé, c'est être seulement l'agent et l'instrument du possesseur et par conséquent n'être point possesseur » (3). C'est aussi l'avis de Bigot-Préameneu, dans l'exposé des motifs : « Posséder est un fait positif, extérieur et continu qui indique la propriété » (4).

Ainsi sans conteste sont exclus de la possession non seulement les instruments, comme les mandataires ou les domestiques, mais tous ceux qui, tenant leurs droits d'un contrat, reconnaissent par cela même l'autorité supérieure

(1) Le tiers possesseur n'a pas été touché par l'acte de location. S'il avait été partie et qu'il ait reconnu le contrat, il serait par là même reconnu détenteur et aurait dû remettre la détention au locataire.

(2) Troplong, *Louage*, nos 218 et 239.

(3) Marcadé sur l'article 2228 et *Revue critique*, 1854, I, p. 460 ; Aubry et Rau, t. II, p. 106, § 177 ; Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 197.

(4) Loqué, XVI, p. 558 et 561.

de leur cocontractant. Ainsi le créancier gagiste détient pour le débiteur, non pour lui-même. Le cas s'est surtout présenté pour le fermier ou le locataire (1). Ils exercent sur l'immeuble loué tous les droits du possesseur qu'ils tiennent du bailleur. C'est en son nom qu'ils possèdent cependant. De là ils n'ont aucun droit réel sur la chose ; ils doivent s'adresser à lui s'ils sont troublés par un tiers ; s'il les gêne, ils n'ont de recours que dans la lettre qui les lie et dans l'article 1382 (2).

Le législateur a dû faire fléchir les principes devant cette situation et un certain nombre de dispositions est venu créer au locataire et au fermier une situation privilégiée ; cependant ils ne restent pas moins de simples détenteurs (3), dépourvus de protection possessoire.

Le fondement de la protection française restera donc la présomption du droit du possesseur. « Ce que la loi garantit et protège, c'est bien moins la possession elle-même que le droit probable de propriété ou de servitude dont celle-ci fait supposer l'existence » (4).

(1) Les droits du locataire, si étendus semblent-ils, découlent uniquement de l'obligation du bailleur de le faire jouir de la chose. — V. Godchot, *Condition juridique du fermier*. Thèse Paris, 1902, p. 9 et suiv.

(2) Pour appliquer l'article 1382, il faudra un dommage et une faute de la part du bailleur.

(3) Le droit civil a rendu le droit personnel du locataire opposable à l'acquéreur (art. 1743) et aux créanciers saisissants (art. 684, C. proc. civ.). — V. la discussion de la nature du droit du locataire : Planiol, t. II, p. 553 et suiv., 1902.

(4) Aubry et Rau, t. II, 5^e éd., p. 108.

La théorie possessoire du Code civil de 1804 est passée dans un très grand nombre de législations (1). La Roumanie l'a maintenue intacte dans son Code. Cependant les juristes de ce pays commencent à lui trouver de graves défauts et un mouvement d'opinion provoquera sans doute l'abandon de l'*animus domini* suranné et inutile (2).

Landrecht. — Le Code civil prussien de 1794, quoiqu'inféodé encore à la théorie classique de l'*animus domini* étendit cependant la possession à des cas où il n'existait pas. A droit à la protection possessoire celui que Savigny allait appeler possesseur dérivé, créancier gagiste, précairiste, et que le Code civil français a considéré à la lumière des principes comme un détenteur. Il alla même plus loin et donna la même protection à celui qui détenait en vertu d'un contrat. Jhering en fit un détenteur intéressé. Dans ce cas cependant il n'y a ni *animus possidendi*, ni *animus domini*. C'est l'abandon instinctif d'un principe que Suarez,

(1) Code civil autrichien, § 309 ; Code civil italien, §§ 686 et 687 ; Code civil espagnol, article 430. — Il faut en rapprocher l'article 4-3^o de la loi belge du 26 mars 1876, ainsi conçu : « Les actions possessoires ne sont recevables que sous les conditions suivantes : 3^o que la possession réunisse les qualités requises par les articles 2228 à 2235 du Code civil. » — V. Cornil, p. 529.

(2) La théorie possessoire roumaine n'est que la théorie française : Alexandresco, « Droit ancien et moderne de la Roumanie », *Etude de législation comparée*, p. 497 et suiv., traduction française, 1897. La nouvelle tendance s'affirme dans un article de M. Dissescou, « L'influence du Code civil en Roumanie ». *Livre du Centenaire du Code civil*, 1904, t. II : « Le Code civil à l'étranger ». L'influence allemande, agissant sur la politique de ce pays, se fait jour sur le terrain du droit, dans l'interprétation des lois civiles concernant la possession.

l'auteur du *Landrecht* avait écrit en tête de la matière (1).

Le Code prussien distingue ainsi trois sortes de détention : 1^o la possession *animo domini* ; 2^o la détention intéressée (2) ; 3^o la simple détention (3). Les deux premières espèces de rapports possessoires sont protégées de la même façon par les actions que son article 146 prévoit (4).

La détention intéressée s'entendra de toute possession dans laquelle le possesseur, tout en reconnaissant un droit supérieur, dispose de la chose dans son propre intérêt ; le Code prussien l'appelle possession imparfaite.

La détention simple ne sera pas privée de toute sanction. Le détenteur aura les actions possessoires contre les tiers, mais non contre le possesseur (5).

Le Code civil du canton de Zurich (6) est le premier projet qui repousse l'*animus domini*, et même tout *animus* distinct. L'article 64 décide que l'acquisition de la possession est subordonnée à la manifestation d'un pouvoir de fait sur la chose et la volonté d'exercer ce pouvoir dans son

(1) *Landrecht*, 1^{re} partie, tit. VII, § 3 : « Celui qui prend une chose en sa garde avec l'intention d'en disposer pour lui-même, soit directement, soit par autrui, celui-là est en possession de la chose », et p. 7 : « Est dit possesseur parfait, celui qui possède une chose ou un droit comme non propre. »

(2) *Landrecht*, t. VII, § 6 : « Est appelé possesseur imparfait, celui qui a pris en sa garde une chose ou un droit, à la vérité comme appartenant à autrui, mais néanmoins avec l'intention d'en disposer pour lui-même. »

(3) *Landrecht*, I, VII, §§ 1 et 2.

(4) *Ibid.*, I, VII, § 146.

(5) *Ibid.*, I, VII, § 144 et § 148.

(6) Code civil de Zurich de 1887.

propre intérêt. Le possesseur n'a donc pas besoin, pour être tel, de prétendre à aucun droit valable ou non sur la chose. Il suffit d'avoir une maîtrise volontaire, c'est-à-dire corroborée par une volonté dirigée sur cette maîtrise, excluant celle des autres. Ce Code, quoique s'adressant aux seuls habitants de Zurich, eut une très grande influence sur la législation postérieure.

Le Code impérial japonais (1) reproduit sa définition de la possession.

En Allemagne certains auteurs (2) donnent le même sens à la définition de l'article 854.

Le Code civil de Zurich réalise déjà un progrès considérable. Il enlève déjà une condition subjective à la théorie française, mais il la reporte à l'élément objectif. Le *corpus* est voulu et il ne suffit point que celui qui l'exerce ne soit ni en bas âge, ni fou, il faut une volonté agissante.

C'est entre le système de Zurich et le système français que le législateur allemand va se diriger. Il va suivre les tendances nouvelles et abandonnant la théorie subjective, se décidera à faire de la possession un état de fait, indépendant de toute intention.

Système allemand. — La possession consiste, dans le système du Code civil allemand, en un pouvoir de fait sur la chose (3); ainsi triomphe la théorie possessoire objective.

(1) Code japonais du 28 avril 1896, article 180 : « La possession s'acquiert par la détention de la chose avec l'intention de l'exercer dans son propre intérêt. »

(2) Cosack, *Lerbüch*, voir *infra*.

(3) Jhering, *Corpus possessionis*, critique du premier projet de Code

On a écarté sur les conseils du professeur Goldschmid l'expression de *Herrschaft*. On a eu peur que les partisans encore assez nombreux de Savigny ne voient dans ce mot le sens d'une maîtrise corporelle sur la chose, avec la possibilité d'écarter les tiers, force physique exclusive. Il en serait résulté que la possession d'un fonds ouvert à tous finirait avec le départ du possesseur (1). Le mot *Herrschaft*

civil allemand, trad. Meulenaere, dans le Code civil allemand. — La possession n'est pas simplement un pouvoir de fait. Il est possible que l'évolution de la possession ait commencé par là. Mais le but économique auquel sert la possession exige l'extension de la protection possessoire à des formes de possession qui ne tombent point sous ce point de vue. Le droit romain lui-même a admis cette extension. Ex. : une forêt de plusieurs milliers d'hectares, mis dans ce pouvoir de fait de l'acheteur par la seule perception de la déclaration du vendeur et la vue des arbres. Le projet du Code civil exige le pouvoir de fait et le juge devra refuser la protection possessoire dans l'exemple ci-dessus. « Son bon sens, en vérité, lui montrera le chemin ; il sera obligé de se dire que le Code a pensé autre chose que ce qu'il a dit. Mais pourquoi le législateur ne dit-il pas ce qu'il pense ? » Ce reproche doit aussi s'adresser au Code de 1896 et on peut rappeler au législateur nouveau qui les a méconnues les paroles du maître : « L'exacte application d'une loi ne peut dépendre d'un droit étranger ou des théories dont il a été l'objet : la loi doit pouvoir être comprise et expliquée par elle-même. Or que l'on mette le nouveau Code entre les mains d'un juge qui n'aurait jamais entendu parler de la théorie romaniste et il ne pourra dans des cas importants que dénier le pouvoir de fait. »

Il y a là un des points faibles du Code de 1896. Il n'est par clair et fait appel à des théories aujourd'hui dominantes et connues des juristes. Mais que demain il advienne un changement complet dans les doctrines, il apparaîtra comme autrement usé que notre Code civil de 1804 qui semble avoir encore une longue carrière à parcourir, lorsqu'il aura été modifié en partie. — Le critérium choisi par le Code civil se trouve indiqué déjà dans Karlowa, *Römisches Rechtsgeschichte*, t. II, p. 318 et suiv.

(1) Voir Planck sur § 854 : *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführung Gesetz*, liv. III, fasc. 12, 1901.

évoque en effet une idée matérielle de puissance, une mainmise corporelle. Malgré ces précautions, Cosack reprend l'expression *Herrschaft* avec le sens défendu.

Au contraire, le pouvoir nécessaire pour la possession est la maîtrise reconnue par tous du possesseur sur la chose. Il suffira que la chose soit dans un rapport de fait, tel qu'aux yeux des tiers celui qui la détient mérite de la société la protection de sa situation et sa défense contre ceux qui viendraient la troubler (1). La possession est non « une construction juridique abstraite, mais une notion de la vie humaine, capable d'être comprise par l'intelligence et perçue par les sens » (2).

Nous sommes bien loin de la maîtrise matérielle et exclusive de Cosack (3).

(1) Motive, 1888, t. III, p. 83.

(2) Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 1905, t. II, p. 213.

(3) La théorie de Cosack est tout à fait différente (Cosack, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, 1900, t. II, p. 60 à 100). — Le fondement de la possession d'une chose est une maîtrise de fait (*sachliche Herrschaft*). Quelqu'un est maître d'une chose s'il peut agir sur elle et en même temps empêcher les actes des autres. La puissance est un monopole, une saisie exclusive ; ainsi Cosack reprend la théorie française de la possession. Cette puissance n'a pas besoin d'être illimitée et on peut voir plusieurs personnes exerçant sur une même chose la possession : mais il faut que cet exercice simultané de chaque possession ne nuise pas aux autres possesseurs. Ainsi Cosack prend l'exemple d'un usufruit. Le nu possesseur et l'usufruitier, chacun pour leur part, seront possesseurs limités dans leur maîtrise par la maîtrise de l'autre. Cosack touche, sans le remarquer, au point faible du système allemand ; en réalité, on ne possède pas les choses ; le *Sachenbesitz* n'existe pas, on possède les droits sur la chose ; comme on n'est pas propriétaire, mais titulaire des droits de propriété.

Un individu n'est pas possesseur (Cosack, p. 60), n'a pas la maîtrise

C'est dans la vie ordinaire que le juge puisera les éléments de sa conviction et l'appropriation économique que M. Saleilles a mise en lumière (1) le guidera en grande partie. Il devra regarder si la chose est utilisée suivant sa destination économique. Le paysan qui cultive un champ, y fait pousser du blé, est possesseur, au même titre que celui qui l'enclora, car l'un et l'autre se seront servi de la chose, l'un en fait un enclos, l'autre un champ fécond.

Est-ce que le Code civil allemand tient grand compte de

matérielle sur une chose, si sa puissance repose uniquement sur de simples prétentions juridiques dont la réalisation est attendue pour un terme plus ou moins lointain ; il n'en est plus ainsi, si cette puissance a été exercée actuellement sans droit ou à bon droit. D'après cette affirmation, Cosack décide que pour la puissance de fait, il est nécessaire que la chose se trouve dans la réelle puissance du maître, sous sa main. Au contraire, il est indifférent que le maître se soit mis en puissance par des moyens de droit ou par une simple usurpation. Ainsi un fermier n'est pas possesseur, s'il a conclu simplement le contrat de location ou si le terme de l'entrée en jouissance est arrivé, mais seulement lorsqu'il a réellement pris possession du bien loué, lorsque ses bêtes seront rentrées et que ses ouvriers auront fait l'ouvrage nécessaire.

Dès cet instant, le fermier sera possesseur envers et contre tous, même s'il vient à être démontré que le contrat de location est nul pour faiblesse d'esprit du bailleur.

La conscience sociale n'entre point en ligne de compte dans la théorie de Cosack. Il remplace uniquement le *corpus* et l'*animus* par une maîtrise réelle, voulue et réfléchie par le possesseur. En somme, toute l'innovation du Code de 1896 consisterait à avoir confondu deux éléments, l'*animus* et le *corpus* en un seul.

Sans doute, il reste encore dans le système de Cosack de grandes améliorations pratiques. Le Code donne naissance à une classe importante de protégés possessoires, possesseurs immédiats et médiats qui sont sans protection vis-à-vis de ceux qui détiennent en leur nom dans le Code français.

(1) V. *suprà*, p. 27-28.

cette exploitation économique? les travaux préparatoires n'y font point allusion. Ils ont toujours mis en avant la conscience sociale. Est possesseur, celui qui aux yeux des tiers est considéré comme tel. Sans doute l'utilisation de la chose suivant sa destination économique sera un des éléments de cette considération, mais il ne sera pas le seul.

La possession est un phénomène social (1) et elle existe au profit de tous ceux qui non seulement tiennent la chose corporellement, immédiatement et actuellement, mais à ceux qui, d'après les croyances sociales régnantes, ont une chose dans un rapport de puissance auquel le peuple prête considération.

La protection lui est ainsi accordée parce que la destruction de ce rapport est regardée comme une atteinte aux principes juridiques (2).

Ainsi la possession d'une chose peut exister d'une façon continue sans que le possesseur soit obligé de la garder sous sa main ou sans renouveler incessamment l'exercice des droits que la possession lui accorde.

La possession peut porter sur des fonds ouverts à tous, alors que le système de Cosack ne le permet pas et que le Code civil français exige que ce soit à titre de propriétaire.

De même un homme peut tenir en même temps une foule de sujets dans sa possession. Dès l'instant où cette

(1) Goldschmid, *Berliner Festgabe für Gneist*, p. 88 et suiv. ; Grundlagen des Besitzlehre.

(2) Endemann, p. 97, t. II : « Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs ». *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 1898.

puissance s'est exercée d'une façon durable, aux yeux de la société, elle fait acquérir à la détention le caractère de possession et garantit l'exercice et la durée du rapport possessoire ; la puissance de fait devient un rapport juridique que protège la loi contre les tiers et la possession n'est rien d'autre que la maîtrise possible (1) d'un individu sur une chose, que la société tout entière a comprise dans sa protection (2).

A un certain point, on peut admettre qu'il y a un élément subjectif, intentionnel, non plus ici la volonté du possesseur lui-même, mais celle de tous les autres individus. Ce sera dans la conscience sociale que résidera la volonté de considérer comme possession, digne de protection à ce titre, telle ou telle situation de fait, à lui donner en quelque sorte sa valeur, sa réalité (3).

(1) Nous verrons plus tard la théorie des vices. La violence exercée sans droit constitue le seul vice de la possession.

(2) Comparer la définition d'Endemann, *Einführung*, II, p. 9.

(3) Le premier projet du Code civil allemand n'avait pas admis cette théorie. La première commission fut nommée par le Bundesrath en 1874 à la suite de la loi du 12 décembre 1873, déclarant le droit civil législation d'Empire. Elle publia l'avant-projet relatif à la possession, rédigé par Johow pour le Sachenrecht en 1880 et élaboré le fameux projet de 1888 et connu sous le nom de premier projet (Voir l'introduction de la traduction du Code civil allemand publiée par ordre du gouvernement et appelée traduction du Comité de législation étrangère, p. xiv et suiv., t. I, 1904). — V. aussi Félix Vierhaus, *Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches*, 1888, fasc. III, sur les commissions. La possession, est une résultante de la possession romaine et de la Gewere germanique, analogue à notre saisine (V. Albrecht, *die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts*, 1828 et Heusler, *die Gewere*, 1872). Heusler, p. 443, déclare que la Gewere consiste ni plus ni moins que la possession allemande, en une situation de fait et une volonté

Besitzwille. — Nulle part, le législateur n'a exigé une autre condition que le pouvoir de fait. Sans doute il faut que

comme la possession romaine. Cette théorie est celle du premier projet; il faut deux éléments, *das Aussere Machtverhältniss*, rapport externe de puissance de la personne sur la chose (*Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs : Sachenrecht*, t. I, 1880, p. 353) et la volonté d'avoir la chose. Seul le rapport externe de puissance à des effets juridiques. La volonté est l'*animus domini*. Cet *animus* est toujours présumé et dans l'action possessoire, ce sera au défendeur à faire la preuve contraire. Du reste, comme nous le verrons, les actions seront accordées dans certaines limites au simple détenteur. C'est-à-dire à celui, qui ayant sur la chose une *aussere Machtverhältniss*, n'aurait pas l'*animus domini*.

Le projet de 1888 a reproduit la même doctrine. L'acquisition de la possession n'est pas possible sans la volonté de l'acquéreur, sans qu'il ait l'*animus domini*. C'est « une seule application des principes qui gèrent la propriété » et la possession n'aurait aucune signification sans cela (*Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, 1880, p. 80); la possession n'est possible que quand l'est la propriété (art. 798 du projet).

Le premier projet refuse ainsi la possession au détenteur intéressé et la réserve au possesseur, si bien que celui-ci n'a plus contre le détenteur les actions possessoires, puisqu'il garde sa possession, en même temps que les actes du détenteur peuvent lui être opposables. En d'autres termes, le projet a commis une faute et doit en commettre une seconde pour amoindrir ses conséquences fâcheuses. « Le projet enlève au possesseur la protection possessoire qui lui appartient et le console de son impuissance par la fiction que son pouvoir sur la chose continue. » — V. Cosack, *Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, publié sous la direction de Bekker et Fischer, fascicule 13, p. 16, 1889.

Gierke (*der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1899) a vite fait de voir le grand coupable, Savigny vers lequel se sont tournés les rédacteurs comme vers « une vérité éternelle. » On a cru tenir compte de la Gewere et on ne l'a pas fait et, faute plus grave encore, on ne s'est pas occupé des travaux récents. Les travaux préparatoires du Code ont glissé sur la possession et au point de vue possessoire à l'étranger avec une rapidité inconcevable. « Le Projet est une série de déduc-

celui qui acquiert la possession ne soit un dément ; il faut qu'il sache ce qu'il fait (1).

Cependant Cosack veut que le possesseur ait la volonté de devenir possesseur par l'exercice de la puissance même. Le but doit être voulu lorsque le possesseur exerce le pou-

tions subtiles et de constructions bâtarde. » p. 235.

Cette partie du projet fut très critiquée. Bähr, *Gegenentwurf zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, 1891, p. 182, déclare que le projet est contraire à toute doctrine et que si on ne modifie pas la théorie possessoire qui y est contenue, il faudra déplore que les juristes de l'Ecole allemande soient tombés si bas. Il donne une définition toute différente de la possession qui cadre mieux avec la théorie objective. « Le possesseur d'une chose est celui qui, dans l'exercice d'un droit propre sur une chose, a la puissance de fait sur elle. » Il n'est plus question d'*animus domini*. — V. aussi Goldschmid, *Kritische Erörterungen zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich*, 1889.

Au point de vue du juge, l'adoption de la théorie de 1888 aurait été désastreuse : quel casse-tête de savoir quand il y aura possession ou détention ! Le mot *détention* est employé dans un autre sens, dans l'article 1502 du projet ; le père et la mère sont détenteurs de la puissance paternelle (Inhaber des elterlichen Gewalts). Ici le mot *Inhaber* n'a pas le sens ordinaire, mais veut simplement désigner le titulaire de l'autorité paternelle. Encore là le rapprochement des mots *Inhaber* et *Gewalt* *stricto sensu* ferait croire à une possession du droit paternel et il est impossible, cependant, rationnellement, de voir une idée de force dans l'institution familiale.

Il a été publié une traduction des articles du projet de 1888 par M. de la Grasserie, 1891.

(1) Il est nécessaire que l'acquéreur ait la volonté d'obtenir le pouvoir sur la chose, mais seulement dans la mesure suffisante pour qu'il s'établisse un rapport de dépendance entre la chose et la personne.

Le premier projet le décidait tout à fait et les travaux préparatoires de la seconde commission l'admettent ; car elle a repoussé comme inutile une disposition, décidant que l'incapable n'aurait pas la possession. — V. Code civil allemand. Comp., *Lég. étrang.*, t. II, p. 440.

voir de fait qui lui donnera la possession. C'est un *animus* spécial. Dans un certain nombre de cas, la volonté de posséder, d'après lui (1), serait présumée et dans la règle générale, elle serait nécessaire, de la part de l'acquéreur, parce que ce n'est pas la puissance brutale, imbécile qui donne la possession, mais la maîtrise, c'est-à-dire quelque chose de réfléchi, de voulu. Le pouvoir n'est élevé au rang de maîtrise qu'à cette condition. Il fait donc de la volonté une condition de la puissance de fait. Un chasseur acquiert la possession de la bête seulement s'il est venu sur sa propre chasse, ou avec la permission du maître ou comme braconnier (2), mais non s'il est venu comme aide ou valet de ferme. Il n'est pas besoin de faire appel à l'*animus* pour comprendre cette différence. Socialement le valet n'a pas de possession, parce qu'il est considéré comme un représentant du maître et ici les règles de la représentation s'appliquent dans leur plénitude (3).

(1) Les cas exceptionnels proposés par Cosack sont peu concluants. Le chien qui revient, après avoir été volé (p. 69), serait de nouveau possédé par le maître, dès sa rentrée au logis. On lui suppose ainsi une volonté de reprendre le chien sous sa possession, dès qu'il rentrera. Il vaut mieux admettre simplement que le trouble possessoire a cessé.

(2) Cosack, p. 69. — Un deuxième exemple proposé *a contrario* par Cosack ne montre pas plus l'exigence d'un *animus*. L'hôte n'est pas possesseur de ce que lui laisse ses invités. Il est détenteur subordonné. La conscience sociale répugnerait aussi bien à une théorie contraire.

(3) Pour Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. III, § 344, p. 27, 1903, il y a un *animus* présumé qui ne dépend d'autre chose que des usages reçus.

Sans doute la reconnaissance sociale ne peut être réclamée par le possesseur qui n'est pas capable physiquement d'agir.

La possession doit être l'expression de la libre activité de l'individu. Le *Thatsächliche Gewalt* n'est digne d'être protégé qu'à la condition d'exprimer une volonté libre d'un individu ; il faudra qu'en agissant ainsi le possesseur ait pu avoir l'intention d'acquérir tous les droits et les obligations qui sont les conséquences de la possession. Aussi celui qui n'a pas une volonté matériellement valable, ne peut devenir possesseur. Ainsi un chien ne peut être possesseur (1).

Mais il n'est pas nécessaire d'avoir la capacité de droit ; sont possesseurs les enfants au-dessus de sept ans et les femmes mariées.

La volonté ici nécessaire est celle qui vient à un homme de sa capacité d'agir. La puissance de fait est supposée admise par un jugement social. C'est ce que dit l'article 854-1^o du Code civil allemand. En aucun cas, le Code civil ne veut juger de la possession en s'en tenant aux règles inscrites dans le droit.

C'est à la vie ordinaire, à la conception populaire qu'il confie la distinction entre la possession et la détention.

La volonté ne forme pas un élément distinct de la puissance ; mais elle en fait partie intégrante. Elle est bien plus la force agissante de la puissance.

Mais il ne sera pas du tout nécessaire que le possesseur

(1) Voir Endemann, II, p. 154 à 157 ; Planck, sur l'article 854.

sache ou ait eu la volonté de devenir possesseur, comme le réclamait Cosack. Il suffit qu'il ait pu vouloir l'acte d'appréhension et que le peuple l'ait admis, en un mot qu'il ait eu la capacité de fait.

La différence pratique de ces deux théories n'apparaît pas très nettement. En théorie elle est très grande ; puisque dans l'une, la possession exigera deux éléments distincts et dans l'autre, un seul.

En règle générale, c'est l'usage connu de la puissance elle-même qui est l'expression de cette volonté.

Sans elle, il est impossible de penser que quelqu'un est en situation d'exercer la puissance sur une chose. Car il ne peut exister de pouvoir sans qu'on le veuille.

Le Code civil allemand l'admet implicitement en distinguant soigneusement la possession pour autrui et la possession pour soi (*Eigenbesitz* et *Fremdebesitz*), en leur appliquant des règles tout à fait différentes sur certains points, en autres en vue de la prescription.

La capacité que le Code admet n'aura pas une valeur positive. Elle sera toute négative. Ce qu'un fou tient dans sa main ne sera point dans sa possession. Ainsi l'épileptique, dans une de ses crises, ne sera pas possesseur de ce qu'il pourrait enlever ; de même l'alcoolique et l'ivrogne en état d'ivresse. A ces insensés, il faut ajouter l'enfant en bas âge, au maillot, celui que les Romains appelaient un *infans*. Dans tous ces cas, il s'agit plutôt de mouvements instinctifs que le cerveau commande, sans la volonté.

Cependant il est controversé que les enfants au-dessous

de sept ans, mais déjà maîtres de leur esprit, soient comparés aux insensés, bien que la loi semble formelle, Ici, la loi s'est substituée à la conscience sociale dont elle se peut prétendre l'expression (1).

Cette solution n'est pas admise par la doctrine en général. Planck, Gierke et Strohal, d'accord ici, renversent l'incapacité du Code. Ils s'appuient sur les Protokolle qui ne disent pas que les incapables peuvent devenir possesseurs, ni qu'ils ne le peuvent pas. Le passage qui y fait allusion laisse, disent-ils, à l'appréciation du juge, la question de savoir si le mineur de sept ans sait ce qu'il fait et par suite est possesseur.

Pour eux, les articles 104 et 105 ne serviront à rien du tout et cependant, en dehors de leur utilité théorique, ils amènent plus de sécurité dans les rapports de fait. La conscience sociale ne regarde pas comme valables les actes des fous et des enfants.

Du reste, à ces Protokolle, Endemann répond par un passage du rapport de la commission du Reichstag (3) qui a rejeté un amendement donnant pleine capacité de posséder au mineur de sept ans. Si on avait voulu donner seulement au juge le pouvoir d'apprécier, l'amendement eût été voté.

(1) Les articles 104 et 105 du Code civil allemand ont enlevé aux insensés et aux enfants en bas-âge l'exercice des droits pour la raison qu'ils étaient incapables d'agir. Ils seront donc applicables ici d'autant plus facilement que leur critérium doit être le même que celui de l'article 51 du Code pénal qui vise des actes criminels.

(2) *Protokolle*, III, p. 30, ou p. 3227.

(3) *Bericht der Reichstagskommission*, p. 24 sur § 104.

Jamais on n'eût pu admettre la possession pour un individu que la faiblesse de son intelligence empêchait d'agir. Le droit commun et les principes d'équité qui dominent toutes les législations ne l'auraient du reste pas permis (1).

Il ne s'agit pas ici d'une condition particulière à la possession. C'est le droit commun.

Possession pour autrui et à titre de propriétaire. — Le droit allemand, ne considérant pas dans la possession l'*animus domini* comme obligatoire (2), admet la possession pour soi et pour autrui.

Le possesseur pour autrui sera celui qui possède la chose comme appartenant en propriété à un tiers de qui il la tient et au nom de qui il exerce sa possession. Il sera aussi celui qui a reçu la chose en possession, dans son propre intérêt à lui-même, d'un autre envers qui il est tenu de l'obligation de restituer. Le Code civil de 1896 connaît ainsi le possesseur immédiat et le détenteur subordonné que la théorie française exclut.

Au point de vue purement possessoire, les possesseurs pour soi ou pour autrui sont soumis au même régime. Cependant dans ce qui touche au droit lui-même, la possession pour soi a des conséquences particulièrement graves. Elle est une condition essentielle de l'acquisition de la

(1) Gierke admet qu'un enfant acquiert la possession sur un papillon qu'il a pris ou sur une pièce d'or. Mais l'enfant à la mamelle n'obtient pas la possession de la montre qu'en tétant il prend à sa nourrice ; le févreux qui arrache le scalpel du médecin, ne l'acquiert pas plus

(2) Förtsch, *Vergleichende Darstellung des Code civil und des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich.*, 1897, p. 62.

propriété des immeubles par la prescription et des meubles par la présomption de l'article 1006 (1).

Le possesseur pour soi est celui qui, volontairement et sciemment, a pris une certaine position de droit pour pouvoir exercer la puissance qui y correspond (2).

Il n'est pas besoin pour être possesseur pour soi de se croire propriétaire. Il suffit d'avoir la volonté de se comporter vis-à-vis de la chose comme son propriétaire.

Dans le domaine immobilier, celui qui achète un immeuble et qui se contente d'en prendre livraison, sans faire inscrire son acquisition sur le livre foncier, est un *Eigenbesitzer* (3).

(1) L'article 932 du Code civil allemand établit une présomption en faveur du possesseur de bonne foi et c'est à l'adversaire dans une action en revendication à prouver que le possesseur ne pouvait être possesseur pour soi et par conséquent n'a pu acquérir la propriété du meuble. — V. Saleilles, *Posses. des meubles*, p. 170 et suiv., et aussi Leonhard, *Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1904, II, p. 183.

(2) Article 872 : « L'*Eigenbesitzer* est celui qui possède la chose comme lui appartenant. »

(3) L'article 873 qui ne fait que reproduire le système prussien contenu dans la loi de 1872 sur les livres fonciers, complété par l'article 925, exige, pour transférer ou créer des droits réels sur un immeuble, non seulement une convention de transfert, mais une immatriculation sur des livres fonciers. Si donc il y a simplement convention de transfert sans inscription, l'acquéreur ne devient pas titulaire du droit, mais simplement possesseur. On trouve dans le domaine immobilier un cas de prescription acquisitive. L'article 900 décide que « celui qui est inscrit sur les livres fonciers comme étant propriétaire de l'immeuble sans en avoir acquis la propriété devient propriétaire par usucapion, lorsque l'inscription a duré 30 ans et que pendant le même temps il a possédé l'immeuble comme lui appartenant ».

Cette dernière disposition a été introduite par la seconde commis-

Le voleur en est un au plus haut point. Il a pris la chose et c'est sans aucun doute pour en disposer comme d'un bien propre. Cependant la loi s'est montrée très sévère à son égard. Elle n'a pas voulu que le bien volé pût être ainsi protégé contre les tiers et surtout contre celui qui en a été dépouillé injustement (1).

Possession de bonne foi. — Le possesseur est de bonne foi (2) dès qu'il croit avoir un droit à la possession, valable aux yeux des tiers. Au contraire, il est de mauvaise foi, s'il sait ou s'il ignore seulement par une faute impardonnable de sa part que sa possession ne s'accorde pas avec son droit.

Le Code allemand n'admet jamais une distinction dans les effets possessoires ; mais, pour l'acquisition du droit par la possession, il la suppose. Il tire de la présence de la bonne foi une série de conséquences (3).

Pour la possession et sa protection, cet élément subjectif serait très délicat et il y aurait vraiment intérêt pratique à revenir à la doctrine de l'*animus domini*, si on l'admettait.

sion pour faire disparaître toute possibilité de conflit entre l'inscrit et le vrai propriétaire.

(1) L'article 1006 ne s'applique pas dans ce cas. L'acquéreur d'une chose volée ou perdue n'en acquiert pas la propriété. — V. à ce sujet Saleilles, *Posses. des meubles*, p. 66 et suiv.

(2) Gierke, p. 223.

(3) Voir articles 932, 937, 955, 957, 990, 1058, 1207, etc. L'article 932 s'occupe de l'acquisition de la propriété des meubles par simple tradition du possesseur. Les articles 937, 955, 957 règlent l'usucapion, les articles 990 et 1058 les rapports entre le possesseur immédiat et le possesseur médiat apparent.

Nature de la possession. — Le premier projet ne faisait allusion nulle part à la nature de la possession si controversée, question qui faisait disputer les plus célèbres juristes. Aussi bien de la solution dépendent des conséquences très importantes. La possession est-elle un droit ou un état de fait d'où découlent des effets juridiques ?

Le premier projet suppose partout que la possession est un fait. Ce qui pourrait seulement en faire douter c'est la terminologie qu'il emploie et il ne faut y attacher la moindre importance (1).

Les motifs montrent bien l'intention du législateur. Dans toutes circonstances, ils l'ont affirmée et jamais ils n'ont vu là un droit, de même nature que les servitudes et la propriété (2).

Le Code civil de 1896 a reproduit la définition du premier projet, en éliminant tout élément intentionnel. Il semble donc que la possession soit encore un fait.

Cependant les auteurs allemands sont très partagés.

(1) Voir Wendt, *Archiv für die civilistische Praxis*, t. 74, p. 153 à 159. — L'auteur critique la terminologie au point de vue juridique, et Gierke, *das bürgerliche Gesetzbuch und der Reichstag*, 1896, p. 11.

(2) Motive, III, p. 83, 88, 91, ou p. 3224, etc. de l'édition originale. Le premier projet parle non pas de l'acquisition par tradition, mais au moyen de la tradition. La possession étant un fait, ne peut être transférée comme un droit et elle ne change pas de nature, suivant qu'elle est acquise originairement ou d'un possesseur antérieur. La tradition ne peut que transférer un droit, étant un acte juridique et la possession ne peut être changée de titulaire par un acte juridique.

L'article 800 du projet décide dans le même ordre que la possession est acquise quand les parties ont la capacité d'agir. — V. Gierke, *der Entwurf*, p. 299 et suiv. V. aussi, *Beiträge*, III, Meischer, p. 77 et suiv.

Endemann (1) semble admettre qu'il y ait là un droit de même nature que la propriété et son opinion s'appuie sur ce que l'article 1007 donne au possesseur une revendication sous les mêmes conditions que l'article 1006 pour la revendication de propriété. La possession devient un droit de rang inférieur qui cède le pas au droit de propriété.

(1) Endemann, p. 116. — La question revient à se demander si les concepts de la possession et du pouvoir de fait coïncident ou si la possession est une conséquence reconnue par la loi dérivant du pouvoir de fait (C. civ. allemand, II, *Lég. étrangère*, p. 441).

Gierke : « La possession du Code civil allemand, comme la *Gewere*, peut être considérée comme un rapport de droit existant uniquement dans le droit des choses ; elle n'a pas seulement des conséquences juridiques, mais elle est une maîtrise de chose, qualifiée juridiquement qui, indépendamment de la situation de droit réellement existante, crée un état juridique particulier et de là se comporte comme un droit particulier subjectif », p. 213 ; Bekker, *Aphorismen*, p. 18 ; Cosack, § 185 et 189. p. 78 et suiv. : « La possession ne suppose aucun droit du possesseur à la possession, mais elle fonde un droit. Le possesseur comme tel possède, tant que sa volonté est dirigée vers la puissance de fait sur la chose. Ce droit est le droit de possession que l'article 1007 sanctionne au même titre que la propriété », p. 78. Le droit de possession est distinct de la possession elle-même. Il s'en suit qu'elle peut être perdue sans que le droit le soit. L'article 1007 permet, en effet, la revendication de possession. Ce droit est un droit réel, opposable *adversus omnes*. A côté de lui peut se trouver un droit de propriété qui le contredise et devant qui il cédera (*Vollrecht*). Pour Cosack, le droit de possession agit provisoirement aussi longtemps qu'aucun *Vollrecht* ne lui est opposé. C'est un droit de second ordre. Mais pour qu'il ne passe pas au premier rang, il faut qu'un droit plein le contredise et en général le droit plein le confirmera. Alors les deux droits coexisteront.

Vis-à-vis des autres que le titulaire du droit plein, des détenteurs qui n'ont ni droit de possession, ni droit plein, il est au premier rang. Les tiers doivent lui céder et s'ils le troublent, le possesseur a le droit de se défendre par la force.

Vis-à-vis du titulaire d'un droit plein le contredisant, il a un certain effet. Car il met la preuve à la charge du titulaire de celui-ci.

Cette opinion n'a point triomphé et elle ne le pouvait guère. La possession est restée ce qu'elle était, un état de fait protégé par le droit. Les travaux préparatoires montrent clairement la pensée du législateur contraire à la théorie d'Endemann (1).

Sans doute, si on appelle propriété et possession un rapport de droit, on aura un même mot, mais il ne signifiera pas du tout la même chose. La possession n'est pas un droit objectif, comme la propriété est un droit subjectif.

L'article 865 vient dire que la possession peut porter sur une partie de la chose, telle que des locaux distincts d'habitation et autres. La possession peut comme tout pouvoir de fait avoir lieu sur n'importe quoi, sans qu'on ait à considérer s'il porte sur tout ou partie d'une chose. Si c'était un droit, l'article 865 serait inconciliable avec l'article 93 qui décide que « les parties constitutives d'une chose qui ne peuvent être séparées les unes des autres, sans que les unes ou les autres fussent détériorées ou altérées dans leur substance, ne peuvent être l'objet de droits particuliers ».

Le but visé par le législateur est d'empêcher les conflits de droits séparés portant sur des parties distinctes de la chose, nuisibles à son utilisation économique (2). Si la possession était un droit, l'article 93 lui serait applicable, le principe posé étant d'ordre public et les mêmes mobiles militeraient pour elle que pour les autres droits.

Faire de la possession un droit est sans doute fort logique

(1) Planck, *op. cit.*, p. 30.

(2) V. C. civ. allemand, *Lég. étrangère*, t. 1, p. 81.

de la part des disciples de F. Lassalle. — L'occupation et l'utilisation de la chose suivant sa destination économique constituent un droit qui est opposable à la propriété et qui même doit la remplacer. Le grand socialiste allemand considère la propriété fondée sur un droit, perpétuelle, exclusive, comme une institution vieillie et nuisible. Il admet l'appropriation passagère de la chose ; tant que le possesseur se servira de la chose, il aura le droit, et, dès l'instant où cette utilisation cessera, avec elle s'éteindra toute possession (1).

Le principal argument invoqué à l'appui de la nature de droit est l'article 857 (2). Cet article contient le mot possession. La possession passe aux héritiers avec le patrimoine tout entier ; c'est donc un droit de même nature que les autres. Le mot possession ne désigne nullement ici le pouvoir de fait. Celui-ci est fini par la mort du *de cuius* ; l'héritier doit se procurer la possession et seulement après il sera possesseur. Seulement l'héritier avant même d'avoir obtenu le pouvoir de fait sur la chose sera protégé contre les attaques des tiers d'après les règles usitées pour la défense possessoire (3).

L'article 857, dans un langage peu juridique, veut simplement dire que la possession, commencée par le *de cuius*, sera censée continuer chez l'héritier vis-à-vis des tiers. Cette

(1) V. Lassalle, *Exposé systématique des droits acquis*, trad. française, I, p. 322 et C. Andler, p. 69.

(2) Article 857 : « La possession passe aux héritiers. »

(3) Planck sur § 857.

mesure nécessaire ne préjuge en rien la nature de la possession elle-même. Elle est réclamée par la pratique (1).

Aussi bien ce n'est pas la seule fois où le Code désigne par possession autre chose que le pouvoir de fait sur un objet. Dans les articles 2025 et 2027-2°, relatifs à la pétition d'hérédité, le possesseur est tout individu qui a acquis un objet de la succession en vertu d'un droit successoral qui ne lui appartient pas.

C'est un principe que le bien laissé par un mort doit être protégé. Cependant toutes atteintes qui excluent la réalisation de la puissance de fait valent contre l'héritier. Si un tiers s'est emparé de la chose, la possession est perdue et il y aurait eu aussi perte, si cela était arrivé vis-à-vis du *de cuius* au lieu de l'héritier.

Strohal (2), à tort sans nul doute, applique l'article 857 au cas où quelqu'un est en voyage. Il reprendrait alors sa possession, comme s'il l'avait exercée. Ce n'est pas l'avis d'Endemann (3) qui ne veut pas étendre l'article 857 en dehors de ses limites naturelles. Si quelqu'un s'est installé dans sa maison, en l'absence de l'héritier, la possession est per-

(1) Le premier projet contenait une déclaration contraire à celle-ci. La possession et la détention ne passaient point à l'héritier de plein droit. La possession qui s'écoulait entre le jour du décès et celui de la prise était considérée comme inexistante. Il y avait, si l'héritier prenait possession, jonction de la sienne et de celle du *de cuius*, sans qu'on tienne compte de la possession intermédiaire. Des règles spéciales la faisaient compter pour le temps de l'usucapion.

(2) Strohal, « Sachbesitz », dans *Jherings Jahrbücher für Dogmatik*, t. XXXVIII, p. 63.

(3) Endemann, p. 144.

due ; mais en tous les cas il peut reprendre la chose, si le tiers a acquis une possession viciieuse (1), suivant les règles ordinaires de la possession .

Du reste la possession n'a point les caractères essentiels du droit réel. Celui-ci est absolu, opposable à toute personne ; il entraîne le droit de suite et de préférence.

On peut se laisser tromper par les termes mêmes de l'article 1007 du Code civil et y voir l'expression de ce droit de suite. Cependant il n'en est rien. Le législateur n'a pas voulu et n'a pu vouloir faire de la revendication de possession, l'image de celle de propriété (2).

Quant au droit de préférence, ce même article ne l'établit point. D'un côté, il y a une possession qui a été enlevée, l'exercice des droits du propriétaire ravi et de l'autre une possession si viciieuse, si mauvaise, que la conscience sociale ne la connaît pas. Bien mal acquis ne profite pas plus en possession qu'en propriété.

Cette manière de voir du législateur apparaît clairement dans les exceptions péremptoires que le même article

(1) La règle posée par l'article 837 est générale, cependant on pourrait relever un certain nombre de cas où elle ne s'applique pas. Une chose est possédée par une société, si l'un des associés meurt et que la société soit finie par sa mort, les autres associés peuvent continuer sans les héritiers (art. 736).

(2) V. *infra* l'étude de cet article. Il est impossible de discuter ici la nature de l'action en revendication de possession. Il est nécessaire de connaître la théorie de la voie de fait illicite et les défenses possessoires. Il n'y a là qu'une action se basant sur un droit meilleur à la possession. — V. l'étude de M. Saleilles sur la revendication des meubles, dans « La possession des meubles en droit allemand et en droit français », p. 273 et suiv.

donne à l'usurpateur contre la revendication du possesseur.

Sur quoi porte la possession. — La possession porte en droit allemand sur tous les biens corporels, meubles et immeubles. Sans doute la présomption de l'article 1006 du Code de 1896 viendra entraver ce principe pour les meubles, mais elle n'a ni la force, ni la généralité de notre article 2279 (1).

Elle est uniquement *der Sachenbesitz*, possession de choses, pas quasi-possession de droit.

Dans le système français, la possession est l'exercice de fait du droit de propriété ou de ses démembrements et il est très naturel que, la propriété des droits étant possible, leur

(1) La maxime : en fait de meubles possession vaut titre (art. 2279) est interprétée suivant les idées du XVIII^e siècle. Bourjon, dans le *Droit commun de la France*, publié en 1747, pose le premier le principe de l'impossibilité de revendiquer un meuble contre un tiers détenteur. Il ne s'agit pas du cas où un individu ayant confié à un autre un objet veut le reprendre. Le dépositaire n'a pas acquis la possession, d'après le droit français et la maxime ne s'applique pas. L'article 2279 a été fait pour le cas où le dépositaire aurait par abus de confiance aliéné la possession au profit d'un tiers acquéreur.

L'alinéa 2 de l'article 2279 réserve deux cas de revendication possibles, mais il est contesté qu'il s'agisse là de vraie revendication, et d'aucuns prétendent qu'il n'y a là qu'une action personnelle en reprise de la chose contre l'auteur du vol ou de la trouvaille. Cependant il semble qu'il y ait bien revendication, la possession étant passée au voleur. — V. Planiol, t. I, p. 403 ; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *La prescription*, p. 641 et suiv.

L'article 1006 exige la prétention du possesseur à la propriété dont il n'a pas besoin de démontrer le bien-fondé, la preuve contraire incombant au défendeur. — V. à ce sujet : Code civil allemand, *Lég. étrang.*, sous l'article 1006, II, p. 616 ; surtout l'étude de M. Saleilles sur cette question, *Possession des meubles*, 1907, p. 67 et suiv. et Förtsch, *Vergleichende Darstellung des Code civil und des bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich*, 1897, p. 63-64.

possession le soit aussi. La quasi-possession, extension de la possession hors de son domaine naturel, peut s'expliquer aujourd'hui, alors « que la possession des choses corporelles, étant la jouissance complète et exclusive de la chose, est analogue à celle qui constitue l'exercice régulier du droit de propriété » (1).

Même dans la définition si large de l'article 2228, il faut faire quelques réserves. Les seuls droits réels, immobiliers et mobiliers, peuvent être l'objet de possession. La possession des droits consiste « dans la possibilité de faire des actes matériels d'appréhension, d'usage et de jouissance et qui soient de nature à se renouveler (2). » Cette définition exclut la possession des créances : car le seul acte de jouissance qu'on y puisse faire, c'est de recevoir paiement de la somme ou des intérêts et en somme l'éteindre (3). Les créances ne sont pas susceptibles d'actes de disposition pouvant se renouveler.

Du reste, il serait mauvais que le premier venu, s'emparant du titre, pût valablement recevoir paiement et le droit commercial ne l'admet point pour les titres à ordre (4).

Quelles qu'elles soient, les créances ne peuvent être possédées et ceci s'explique bien par ce fait que le non-paiement des intérêts doit permettre au possesseur d'agir vigoureusement, de faire saisir le débiteur et le priver du bénéfice

(1) Planiol, t. I, p. 331.

(2) Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, 1^{re} édit., t. I, p. 573.

(3) *Ibid.*, p. 575.

(4) V. Code de commerce français, art. 144, 145, 149.

du terme. Il est vrai que l'article 1340 proclame valable le paiement fait au possesseur de bonne foi de la créance. Ici possesseur signifie celui qui passe pour être le créancier, le créancier putatif, lui-même si peu possesseur qu'il peut sans détenir le titre obtenir paiement (1).

Parmi les droits réels, le gage ne semble point être susceptible de possession. Il y a là, d'après l'opinion commune, un simple droit de rétention pour le créancier gagiste (2).

Les titres au porteur, par leur nature, sont parmi les droits personnels, les seuls pouvant être possédés ; ils confondent leur existence juridique avec le titre qui les représente. Avoir en mains le titre, c'est avoir le droit.

Avant le Code Napoléon, le Code prussien avait proclamé les possessions des droits comme des choses, pourvu qu'ils puissent être l'objet d'une utilisation durable, que ce ne soit point des droits consommables (3).

Le Code autrichien de 1811 avait suivi la même voie (4).

La possession des choses en droit allemand est seule permise. La possession des droits n'est pas connue (5) et ce n'est qu'exceptionnellement que l'exercice d'un droit est protégé à ce titre (V. article 1029).

Un objet corporel peut seul être susceptible de possession ; mais parmi les choses il n'y a pas d'exception et en sont

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 109 ; Cass., 9 août 1831, S. 31.1.387.

(2) Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, p. 237-238.

(3) Landrecht, I, 7, articles 4 et 5, 77-95, 126-133.

(4) Code civil autrichien, §§ 311, 313, 350, 351.

(5) Article 90 : « Les choses au sens de la loi, sont seulement les objets corporels. »

susceptibles non seulement celles dans le commerce, mais même hors du commerce (1). Dans les cas les plus importants de *possessio juris*, le Code civil allemand a étendu la protection possessoire ; par exemple pour les servitudes (art.1029).

Le législateur suisse n'a pas voulu suivre dans cette voie son grand inspirateur (2). Il admet la possession des droits en termes formels.

(1) Le premier projet avait supprimé la possession de droit. La possession de droits, disait Johow (*Kommission z. Aus. Entwurf eines b. g.*, III, *Sachenrecht*, p. 473 et suiv.) est une expression contradictoire en soi. On ne possède pas un droit ; car la possession est un fait. Le mot quasi-possession valait mieux. Il indiquait qu'il n'y avait de possession possible pour les droits, mais que voulant protéger l'exercice de fait des droits du créancier, le législateur l'avait assimilé à la possession. Le premier projet allemand a donc refusé la possession des droits autres que la propriété et l'hypothèque.

Windscheid avait déjà fait remarquer dans ses *Pandecten* que la possession d'une chose était l'exercice d'un droit sur cette chose (§§ 163 et suiv.).

Le premier projet limitait singulièrement le domaine de la possession d'une part à la notion d'*Eigenbesitz* et aux choses de l'autre : « Cette nouveauté radicale est contraire au développement du droit allemand et surtout à la notion que se fait le peuple. » Gierke (*Entwurf*, p. 297).

Le projet est obligé ensuite de faire des règles pour la protection possessoire des servitudes, ce qui prouve bien l'inanité de cette exclusion.

La possession n'est un fait. L'impossibilité de la possession sur des choses hors du commerce vient en droit français de ce que la propriété n'est pas possible sur ces choses-là. Le droit allemand, reconnaissant l'indépendance de la possession vis-à-vis de la propriété, ne pouvait consacrer notre solution.

(2) « La possession consiste dans la puissance de fait sur une chose, que ce pouvoir soit total ou partiel, qu'il procède d'un droit personnel ou d'un droit réel ; mais lorsqu'un droit réel ne comporte pas cette

Copossession. — Le droit allemand admet la possession de plusieurs individus à la fois sur une chose. Elle est prévue du reste dans des hypothèses particulières, usufruit et gage (1).

Les copossesseurs peuvent posséder dans le même but,

puissance de fait sur la chose grevée, il convient d'y égarer l'exercice effectif du droit, d'assimiler en conséquence ce qu'on appelle la possession juridique à ce qu'on appelle la possession matérielle » (Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet du Code civil suisse, 24 mai 1904, p. 90. — V. article 1018-2° de l'avant-projet.

Pour tout le reste, l'avant-projet admet la théorie objective et dans ce sens, il va même plus loin que le Code allemand. Pour lui, « la possession ne consiste pas seulement dans ce qu'elle est le signe extérieur par lequel se manifestent les droits réels. Elle implique encore une puissance de fait sur la chose que le législateur ne saurait ignorer ». (Exposé des motifs de l'avant-projet du département fédéral de justice et de police. Loi fédérale sur le droit privé. Code civil suisse. Avant-projet, t. III, 1902, rédigé par M. Eugène Huber, p. 29). La possession étant dans l'article 1018 du projet (art. 961, M. Cornil) définie comme un état de fait obtenue par le *Thatsächliche Gewalt*, indépendante de toute intention personnelle qui irait au delà de la volonté d'exercer un pouvoir effectif sur la chose. M. Huber remarque que dans le langage populaire détenir et posséder sont confondus et il ajoute que « si une personne détient une chose sans d'ailleurs y prétendre le moindre droit, ce fait montre qu'elle est bien résolue à ne pas se mettre en conflit avec la loi. Ce qui est essentiel pour le législateur, c'est la possession même sans autre caractère que celui dérivant du fait qui y donne naissance », p. 291.

(1) ART. 1081. — « Lorsque l'usufruit a pour objet un titre au porteur ou un titre à ordre avec endossement en blanc, la possession du titre et du talon de renouvellement appartient en commun à l'usufruitier.

« Pour constituer l'usufruit, il suffit, au lieu de remettre le titre, de consentir à ce qu'il soit possédé en commun. »

Art. 1206. — « A la place de la livraison, il suffit de donner la copossession si la chose existe en la détention du créancier. »

comme des possesseurs de biens propres, comme des locataires. Tous exercent la possession au même titre. Ils peuvent au contraire avoir un titre différent, les uns peuvent posséder comme propriétaires, les autres comme usufruitiers, ou comme créanciers hypothécaires.

C'est dans la conscience populaire que se fixe leur situation.

Il y a copossession, quand plusieurs individus ont le pouvoir de fait sur une chose, chacun non pour soi seul, mais pour tous. C'est en somme une possession particulière. La caractéristique de la copossession réside non dans le pouvoir qui est un, mais dans l'exercice qui appartient à plusieurs. L'objet est unique, les sujets sont nombreux (1).

(1) Voir l'avant projet de 1880, « Komiss. », p. 369. — Voir article 52 de cet avant-projet.

POSSESSION MÉDIATE ET DÉTENTION SUBORDONNÉE

Possession médiate. — Les anciennes législations avaient considéré comme seul possesseur celui qui avait l'*animus domini*. Remettre l'exercice du *corpus* à un individu sous la condition de le restituer ne pouvait fonder aucune situation privilégiée à celui qui le recevait.

Le seul possesseur était le bailleur, soit dans ses rapports avec le locataire, soit avec les tiers.

Si le détenteur commettait un abus, le possesseur n'avait pas contre lui les actions possessoires ; de même le détenteur ne les avait point contre lui.

Ils étaient donc réduits l'un vis-à-vis de l'autre à agir en vertu de la lettre qui les liait.

La preuve plus délicate, l'instance toujours longue venait faire d'une contestation minime une affaire importante.

A l'égard des tiers, le possesseur seul avait le droit d'agir au possessoire. Le locataire, troublé dans la possession, devait appeler en garantie le bailleur (1).

(1) Cette possibilité de s'adresser au bailleur est une conséquence pure et simple de l'obligation de garantie due par lui. Cette action personnelle, elle présente de graves dangers vis-à-vis d'un adversaire insolvable.

La question se complique pour ceux qui sont à la fois détenteurs *alieno nomine* et *proprio nomine*. Toutes les fois qu'un individu a sur la chose un droit réel qui, sans lui donner la propriété, lui assure une

Faire ainsi appel au bailleur à chaque trouble possessoire est très désagréable pour le fermier ou le locataire éloigné.

Le premier projet allemand avait dû, pour obvier à cet inconvénient, étendre la défense possessoire à tous les détenteurs *alieno nomine*, bien que Savigny n'admît que les possesseurs *proprio nomine* et intéressés.

Des dérogations sont ainsi apportées aux règles générales posées par les textes. Sous l'influence des nécessités pratiques de la vie juridique moderne, on ne considère pas le simple détenteur, pourvu et aussi longtemps qu'il exerce la puissance de fait par lui-même, comme un organe ignoré du droit, simple instrument de possession ; au contraire, on lui accorde une situation protégée par les actions de droit (1).

jouissance exclusive, elle possède à la fois *alieno nomine* en ce qui concerne le fond, *proprio nomine* en ce qui concerne son droit. Dans ce cas, l'usufruitier, l'usager, l'emphytéote. Ils ont les actions en leur nom pour l'exercice de leur droit de jouissance et au nom du propriétaire pour la propriété (Planiol, I, p. 347). — V. aussi Aubry et Rau, II, p. 124).

(1) Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, III, p. 87. — V. article 821 du projet : « Le détenteur, s'il n'est pas possesseur, pourvu qu'il détienne par lui-même, a les actions possessoires. Si le détenteur est subordonné à un autre, les deux parties ont les actions. »

Le premier projet, distinguant entre *Besitz* et *Inhabung*, faisait de la détention la seule condition des actions possessoires. Ne trouvant là aucune définition de la détention, on en était réduit à la définir comme « tout rapport corporel de l'homme avec la chose » : — V. Saleilles, « La théorie possessoire du Code civil allemand », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1903, p. 600.

La législation française nouvelle semble marcher dans cette voie. La loi du 25 juin 1902 confère au droit de jouissance emphytéotique la nature réelle et les actions possessoires seront données à l'emphy-

Dans le système du premier projet, les deux parties ont les actions possessoires vis-à-vis des tiers. Mais dans leurs propres rapports, il ne peut en être question.

Cependant partout, le seul possesseur véritable est le possesseur médiat. Le détenteur qui exerce le pouvoir directement sur la chose est exceptionnellement protégé par la loi, sans que sa situation puisse changer de nature.

Dans la théorie objective, où l'*animus* passe tout au moins à l'état de condition du pouvoir de fait exigé et même le plus généralement disparaît, il n'en est plus de même. Le Code civil allemand de 1896 renverse totalement la question. Le vrai possesseur n'est plus le bailleur qui a donné en jouissance la ferme ou la maison, c'est le locataire ou le fermier qui seul exerce le *Thatsächliche Gewalt* sur la chose. Il faut se demander si le bailleur est encore possesseur tout en conservant à l'encontre même du locataire une situation éminente de possession ou si, au contraire avec l'exercice normal de son pouvoir, il a abandonné vis-à-vis des tiers toute prétention à la possession.

La deuxième commission a établi dans l'article 868 la théorie de la possession médiate qui permet d'accorder les actions et les avantages de la possession à celui qui possède par l'intermédiaire d'un autre (1).

téote comme au possesseur.

Le Code prussien de 1794 avait accordé les actions possessoires au possesseur imparfait et au détenteur (V. *suprà*, p. 35).

(1) ART. 868. — « Si quelqu'un possède une chose en qualité d'usufruitier, de créancier gagiste, de fermier, de locataire, de dépositaire ou à un titre analogue lui donnant droit ou l'obligeant vis-à-vis d'au-

Le possesseur peut exercer ainsi sa possession par lui-même, par un simple représentant de possession et enfin par un représentant qui revendique personnellement la puissance sur la chose ; ce dernier n'est pas un simple représentant de possession, mais aussi un possesseur pour soi, en quelque sorte (1). Dans les deux premiers cas, il y a possession immédiate, dans le troisième possession médiate.

Un propriétaire cultive un de ses fonds par lui-même ou par un régisseur, il est ainsi possesseur immédiat ; s'il le loue, il devient possesseur médiate.

Ainsi une chose peut être très bien possédée immédiatement d'une façon exclusive, mais elle ne pourra l'être médiatement. La possession médiate suppose à son origine une possession immédiate, à savoir celle de celui qui confie la maîtrise au possesseur immédiat pour le représenter. Les exemples qui ont été donnés le montrent suffisamment.

La possession médiate conduit toujours à une double possession sur une même chose ; elle peut même conduire à une triple, quadruple possession (2), car le représentant dans la

trui à posséder temporairement, ce dernier est également possesseur. »

Le Code civil allemand a posé le principe que vis-à-vis de la possession immédiate de celui qui, lui-même ou par un représentant, exerce un pouvoir de fait sur une chose, la possession d'un autre est compatible, quand cet autre se place comme un maître de possession vis-à-vis du possesseur immédiat (Gierke, p. 218).

(1) Cosack, *Lehrbuch*, p. 63, t. II.

(2) V. art. 871 : « Lorsque le possesseur médiate est vis-à-vis d'un tiers, dans un rapport juridique de la nature indiquée dans l'article 868, ce tiers est également possesseur médiate. » L'article 873 reconnaît ainsi plusieurs degrés de possession médiate. — V. Code civil allemand, *Lég. étr.*, II, p. 458.

puissance peut exercer lui aussi sa maîtrise par un sous représentant qui revendique pour lui-même une maîtrise sur la chose. Une maison a été donnée en usufruit à un individu qui l'a louée et le locataire l'a sous-louée.

La situation du possesseur médiate vis-à-vis de son représentant, le possesseur immédiat, peut être différente, suivant la maîtrise que le possesseur immédiat revendique pour lui ou qu'il laisse au possesseur médiate. Le possesseur immédiat peut réclamer l'utilisation de la chose, pour lui ou pour ses héritiers, comme usufruitier sa vie durant, ou comme fermier (1) pour la durée du bail, comme créancier gagiste jusqu'au paiement de la créance, comme gardien jusqu'au retour de l'ayant droit.

La possession médiate repose sur une maîtrise de fait du possesseur justement comme l'immédiate (1). Elle suppose que le possesseur immédiat se reconnaisse de fait comme représentant du possesseur médiate, qu'il tienne sa puissance de fait sur la chose comme un domestique du possesseur médiate (2). Si le possesseur immédiat prétend à un droit personnel sur la chose ou s'il veut exercer sa possession personnelle, la possession médiate n'existe plus.

Le possesseur immédiat est un possesseur dépendant (3).

(1) Planck, sur § 868.

(2) Dès l'instant où le possesseur immédiat élève une prétention juridique, il n'y a plus de possession médiate.

(3) Le Code ne définissant pas les possesseurs immédiats dépendants, Endemann essaie de les diviser en trois groupes : 1° les créanciers gagistes, etc., qui ont la possession exigible par l'exercice de leur droit issu de contrat. V. Strohal, *loc. cit.*, p. 14. De même, le loca-

Il tient la chose entre ses mains, non comme lui appartenant, mais comme à lui confiée en possession.

La situation doit s'appuyer sur un rapport juridique concret qui lui permette de réclamer la possession de la chose pour un temps déterminé ou non. Il n'y a donc pas à tenir compte pour l'établissement de cette possession si elle est dans l'intérêt propre du possesseur ou d'un tiers pour qui on l'exerce en vertu d'un droit ou pour accomplir une obligation que l'on a envers lui. La maîtrise exercée par le possesseur immédiat doit être un pouvoir reconnu suffisant par les tiers.

Ainsi seront possesseurs immédiats, le locataire, le fermier, l'emphytéote et tous ceux qui ont le droit d'obtenir la possession. Ces possesseurs sont justement ceux qui ayant en main une chose d'autrui peuvent la retenir tant que le possesseur ne les a pas indemnisés de leurs débours (C. civ. allemand, § 273-1°).

Domaine de l'article 868. — Cependant la question se pose de savoir ce que veut dire l'article 868. Faut-il donner au mot analogue un sens propre ou l'interpréter comme faisant corps avec la suite : « rapport lui donnant droit ou

taire, le fermier et l'usufruit, rentrant dans l'article 868 ; 2° ceux qui ont le droit de rétention de l'article 273-1° et qui comprennent les premiers ; 3° ceux qui ont la possession pour accomplir une obligation à eux imposée, commissionnaire, conducteur de transport (art. 440, C. com.). De même dans certains cas, le tuteur. — V. Endem., t. I, p. 539 et suiv.

l'obligé vis-à-vis d'autrui, analogue à ceux qui viennent d'être indiqués » ?

Dans le premier système, la possession médiate n'existerait que dans le cas où il y a un contrat, un accord antérieur entre les deux parties, comme pour le bail. La simple obligation de remettre la chose ne suffirait pas à créer la possession médiate pour le créancier. Au contraire, dans le second système tout rapport, lui donnant droit ou l'obligé vis-à-vis d'autrui, suffirait.

Les travaux préparatoires semblent bien vouloir la première interprétation. Il n'y a possession médiate que si le possesseur médiat prétend à un droit sur une chose et si le possesseur immédiat a, dès son entrée en possession, admis cette prétention, par le fait même qu'il est lié envers lui comme le fermier vis-à-vis du bailleur. Il y aura une obligation personnelle envers le bailleur qui domine en même temps la chose tout entière.

Dans aucun autre cas, du reste, on ne peut considérer le possesseur immédiat comme un représentant du médiat par rapport à la maîtrise de la chose (1).

Il n'y a donc possession médiate que si le possesseur immédiat a reçu sa possession de celui qui se considère comme possesseur médiat.

Un individu trouve un objet perdu et le tient à la disposition de celui qui l'a perdu, dans sa propre possession immédiate. Sans doute l'inventeur s'est chargé de conserver

(1) Cosack, p. 64.

la chose, mais il manque le lien juridique par lequel le perdant se serait maintenu en possession par l'intermédiaire du possesseur immédiat. Cette solution est bien celle du Code. Wendt (1) n'est pas de cet avis. L'invention de l'objet, dit-il, rétablit dans une certaine mesure la possession du perdant. D'après cet auteur, en même temps qu'il acquiert la possession immédiate pour lui-même à titre de possesseur, l'inventeur acquerrait la possession médiate pour le perdant comme représentant subordonné. Il y aurait là une double acquisition que rien ne justifie.

Cette opinion reste isolée. Endemann la critique victorieusement (2). L'article 972 donne au perdant l'action pétitoire et non les actions possessoires, ce qui prouve bien qu'il a gardé la propriété et perdu la possession.

Le mandataire est sans aucun doute un possesseur immédiat dans la plupart des hypothèses. Il obtient la possession de la chose, non pour lui, mais pour le mandant. Il n'est pas un simple représentant subordonné de l'article 855. Il ne le sera que si le mandat est conçu de telle sorte qu'il tienne le mandataire dans une dépendance socialement reconnue (3).

(1) Wendt, « der mittelbare Besitz des bürgerlichen Gesetzbuchs », *Archiv für Civilistische Praxis*, t. 82, p. 62.

(2) Endemann, II, p. 426.

(3) Le mandataire est en général un possesseur immédiat. L'article 667 oblige le mandataire à restituer au mandant tout ce qu'il reçoit pour l'exécution du mandat et ce qu'il acquiert par suite de la conduite de l'affaire. La seconde commission hésitait beaucoup. Une proposition fut présentée qui donnait au mandataire les droits acquis pour le mandant qui avait pour les reprendre une action personnelle contre

La théorie de Wendt conduit à des conséquences absolument extraordinaires. Le voleur rentre logiquement dans cette interprétation. Il doit posséder temporairement jusqu'à ce que son larcin lui ait été enlevé et cependant jamais personne n'a songé à faire du volé un possesseur médiat.

Dans les étroites limites que le droit allemand lui a assignées, l'article 868 aura une importance capitale. Les commissionnaires en marchandises, les voituriers, les entrepreneurs de transports (1) sont compris dans ses termes

le mandataire. C'était en somme revenir au système de la *fiducia* romaine. Vis à-vis des tiers, le seul personnage existant était le mandataire.

Cette proposition fut repoussée. Elle était en flagrante contradiction avec les principes de la représentation qui veulent que le représentant agisse pour le compte du représenté et lui confère les droits et obligations qu'il a pu obtenir pour lui (Protokolle, III, p. 360). Une autre proposition tendant à étendre au mandant les règles de l'article 369-2° du Code de commerce allemand, c'est-à-dire à accorder le droit de rétention au mandataire, a subi le même sort.— V. Code civil allemand, *Lég. étr.*, II, p. 200.

(1) V. l'article 604 sur le prêt à usage, articles 645-657, sur le contrat d'ouvrage, article 421 ; Planck, sur l'article 867 ; Gierke, II, p. 217.

Le commissionnaire n'est pas possesseur pour lui seul ; il admet le droit du commettant sur la chose et ne doit conserver la marchandise que durant un temps. Articles 383 et suivants du Code de commerce allemand de 1897. L'article 383 définit : « Le commissionnaire est le commerçant dont la profession consiste à acheter ou à vendre des marchandises, ou des valeurs en son propre nom pour le compte d'autrui. » — Comp. dans le Code de commerce français les articles 94 et suiv.

Pour le voiturier, articles 455 et suivants du Code de commerce allemand de 1897 : « Le voiturier est celui dont la profession consiste à effectuer l'expédition de marchandises soit par terre soit par les voies fluviales, soit par les eaux intérieures », et pour le transport maritime : voir les articles 556 et suiv.

et malgré Wendt, l'emphytéote et le mari qui possède les biens de sa femme (1).

L'existence d'un rapport de droit créant une maîtrise conforme n'est pas nécessaire. Cependant il ne suffit pas qu'un individu n'ait aucune prétention juridique pour l'exclusion de la possession médiate.

Il peut être reconnu de fait, sans y prétendre en droit, par le possesseur immédiat comme maître supérieur de la chose et il n'est rien exigé de plus que cette reconnaissance pour établir sa possession médiate. — Il suffit que le rapport de possession existe de fait et soit tel qu'il serait s'il y avait eu un lien juridique entre les parties, analogue à celui qui lie le nu possesseur et l'usufruitier (2). Il est même inutile de savoir si c'est en vertu d'un acquiescement formel du possesseur que la nouvelle possession s'est formée.

En un mot, une maîtrise de fait exercée par un possesseur au nom d'un tiers crée cette possession. Un rapport de droit

(1) Le droit commun matrimonial est la communauté d'administration qui est notre régime sans communauté. Le mari jouit des biens de sa femme : il les possède au nom de celle-ci et à son propre profit à lui. — V. articles 1363 et suivants, et aussi Code civil français, articles 1529 et suiv.

(2) Dans le cas d'usufruit constitué par un non-propriétaire, voir les articles 892 et 103. La 2^e commission considère que le possesseur médiat est celui que l'usufruitier regarde comme son maître, celui qu'il représente dans la possession. Si l'usufruitier est de mauvaise foi, la conscience sociale refuse la possession au nu possesseur apparent et à fortiori à l'usufruitier. — Voir les articles 900, 937-1^{er} qui font application des principes généraux.

V. articles 955-2^o et 988 ; pour un usufruit qui n'existe pas juridiquement, la possession médiate n'en subsiste pas moins.

sans la reconnaissance sociale de cette situation serait tout à fait inefficace (1).

Certains ont voulu voir ici, chez le possesseur immédiat, l'exigence d'une volonté de servir le possesseur médiate (2). L'article 868, en exigeant un rapport de subordination, n'a pu le faire qu'en amenant vis-à-vis d'un possesseur médiate le possesseur immédiat à prendre une situation inférieure et par conséquent à la vouloir. C'est une conséquence du principe de la liberté des conventions. Il faut un contrat, vrai ou nul, et il n'en peut exister sans la volonté des parties.

La possession médiate est liée indissolublement à la possession immédiate. Elle est par elle représentée dans l'exercice du *Thatsächliche Gewalt*, de la puissance qui crée et maintient la possession, quelle qu'elle soit. Elle ne vivra qu'avec elle et tant que les rapports établis entre elles seront suffisamment étroits.

Donc si le possesseur immédiat perd sa possession, sans devenir possesseur médiate, le *Thatsächliche Gewalt* n'est plus exercé au profit du possesseur médiate et sa possession s'éteint (3).

(1) Voir Planck, sur l'article 868.

(2) A habite une maison qui lui a été louée par B, propriétaire apparent ; C est reconnu en justice propriétaire à la suite d'un procès où A n'a point été appelé. L'immeuble appartient bien à C ; mais il n'aura aucune action contre A, quoique A soit possesseur immédiat de la chose ; car C n'est pas possesseur. Il n'en serait plus de même si A avait été appelé au procès. Le jugement aurait remplacé pour lui le contrat de l'article 868.

(3) Le premier projet n'admettait pas cette solution (art. 813). Dans

La possession médiate se perd, si le possesseur immédiat cesse de posséder à ce titre. Quand faudra-t-il dire que le possesseur a interverti son titre ? La première commission estimait qu'aussi longtemps que le détenteur conservait la chose, c'était au même titre ; il ne pouvait finir sa détention que par des actes montrant suffisamment qu'il ne voulait plus subir le droit d'autrui, mais posséder pour lui. Dans la seconde commission (1), on avait émis l'opinion que la possession médiate ne cessait que si le possesseur immédiat, voulant entrer en pleine possession, rejetait le possesseur médiate et exerçait sa possession immédiate d'une façon exclusive de toute possession médiate. Il a été décidé que ceci s'entendait de soi-même et la commission a adopté que la déclaration du possesseur immédiat qu'il ne reconnaissait plus le possesseur médiate comme tel suffisait pour faire cesser la possession.

On peut objecter que le possesseur médiate pourra toujours comme dans les autres cas de dépossession involontaire bénéficier de l'article 940 du Code civil. Cependant il semble que la perte de possession en propre ne puisse ré-

son système, la possession médiate existait seule. La possession immédiate était la détention à laquelle la loi avait accordé le bénéfice des actions possessoires. Aussi le possesseur médiate avait-il le droit de se comporter comme seul possesseur, de se substituer au possesseur immédiat dans toutes circonstances. Les principes qui sont énoncés plus haut pour le Code allemand sont inverses de ceux du premier projet. Là on pouvait dire que la possession immédiate, détention privilégiée, était liée à la médiate et ne vivait qu'avec elle et par elle.

(1) « Protokolle », p. 3738, t. III, p. 227-228 ; Planck, sur l'article 868.

sulter d'une simple déclaration, non pas de celui qui perd, mais de celui qui la prend.

Nature de la possession médiate. — Wendt (1) prétend que la possession médiate n'est qu'une fiction. Le législateur, frappé par les multiples inconvénients de la théorie possessoire vis-à-vis du bailleur, du nu possesseur, de tous ceux enfin qui ont remis la possession par contrat, leur a étendu le bénéfice des actions possessoires, Il y aurait là un peu ce qui a déjà été constaté dans le premier projet, l'extension d'actions hors de leur domaine naturel. Si vraiment la possession médiate était une vraie possession, dit-il, on comprendrait mal la place de l'article 868 à la fin du chapitre de la possession, juste devant l'article 869 qui crée le droit de plainte, tandis qu'au contraire la définition de la possession occupe les deux premiers articles.

De plus, il est impossible de faire cadrer l'article 868 avec la définition de l'article 854 qui exige une maîtrise de fait.

Cette opinion aurait pour effet d'exclure la possession médiate du bénéfice, notamment de l'article 857 et de l'article 862, mais elle est totalement inadmissible dans l'état actuel.

Dans la deuxième commission (2), les avis étaient très partagés. Les uns voulaient que le locataire fût un vrai pos-

(1) Wendt, « der Mittelbare Besitz des bürgerlichen Gesetzbuchs », *Archiv für civil Praxis*, t. 87, p. 40 et suiv. ; Lehmann l'appelle *fingiertes Besitzverhältniss*.

(2) Code civil allemand, *Lég. étr.*, II, p. 456 ; « Protokolle », p. 3731-3733, t. III, p. 224.

sesseur ; d'autres y voyaient un simple détenteur. Plus tard la commission décida que la possession médiate serait considérée comme possession, en faisant toutes réserves sur sa nature juridique.

Cependant la possession médiate établit bien une maîtrise de fait sur les choses dont la reconnaissance comme possession est conforme à l'opinion populaire. Le bailleur est, dans l'esprit des tiers aussi bien que du locataire, le maître éminent de la possession, au-dessus de celui-ci dont la possession est cependant incontestable (1).

De là, toutes les règles données pour la possession immédiate valent pour la possession médiate, si le contraire ne résulte pas de prescriptions particulières.

Elle peut présenter les mêmes caractères qu'elle et porter sur les mêmes objets. Son étude sera faite en même temps que celle de la possession immédiate.

L'avant-projet suisse admet aussi la possession médiate. La puissance de fait peut s'entendre différemment et l'on « ne tiendrait pas compte de la nature des choses si l'on ne voulait envisager que la détention effective comme la possession » (2).

(1) Gierke, p. 220 et suiv. — Les arrêts de jurisprudence sont aussi de cet avis.

(2) Exposé des motifs, II, p. 294. — On devra distinguer deux possessions, l'une directe, l'autre indirecte.

Le propriétaire d'un cheval, dit M. Huber, en conserve la possession même s'il le loue à un tiers aussi longtemps que ce dernier l'a en son pouvoir comme preneur. Sa possession cesse par contre dès le moment où le détenteur prétend être non plus simple locataire mais propriétaire de la chose, et il n'a plus qu'une action fondée sur sa possession passée ou sur sa propriété.

Détention subordonnée. — Il est des cas nombreux où un individu exerce la possession et cependant aux yeux de la foule il ne passe pas pour être possesseur, c'est un détenteur pour autrui. Son pouvoir ne lui appartient pas ; il appartient à son maître.

L'article 855 le proclame et il définit en même temps d'une façon très vague le lien qui doit unir le détenteur de fait et le possesseur vrai. C'est un lien de servitude (1).

Les meubles que le serviteur a utilisés dans l'administration de la maison, la voiture dans laquelle le commis amène au client les marchandises ne sont la possession respectivement ni du serviteur, ni du commis. C'est la solution qu'exige la conscience sociale.

Cette conception est l'œuvre de la nouvelle littérature qui a ainsi abouti à donner une notion plus juste de la possession. Cette notion est celle du vulgaire et la détention subordonnée est une question de fait (2).

Le principe posé par la loi est le suivant : celui qui détient la puissance de fait sur la chose est protégé (3). Celui qui laisse au contraire ses choses à son domestique pour sa propre utilité à lui maître, tient par devers lui la puissance de fait, suivant la conception sociale la plus constante. D'un rapport juridique qui garde au serviteur l'usage de la chose,

(1) L'article 855 a été ajouté sur la demande du ministre de la justice de Prusse, pour dissiper les doutes auxquels donnait lieu le premier projet : « Protokolle », p. 3340, t. III, p. 246.

(2) Endemann, p. 131 et suiv.

(3) Bekker, *Jherings-Jahrbuch*, t. XXXIV, p. 1 à 81 et surtout p. 9 et suiv., p. 42 et suiv.

il n'est pas question. Il n'y a pas lieu à une action en reprise parce que celui-ci tient seulement la chose et la protège et ne l'a en aucune façon en sa puissance.

Le seul possesseur de droit est donc le maître et physiquement il l'est resté. Il a en effet le moyen, suivant des principes partout incontestés, de réaliser la puissance sur la chose ; il peut la reprendre au serviteur qui ne doit prétendre à aucun droit.

Dans ce cas Endemann (1) dit que la possession est partout où, d'après la conception socialement et fermement établie des tiers, celui qui tient la chose peut souffrir de la part du possesseur l'exercice immédiat et possible à tout instant de la puissance de fait.

L'article 855 donne de la puissance du maître de maison une définition objective. Ce qui sert à l'administration de la maison est sous sa puissance de fait. Ainsi le seul fait d'introduire, pour le domestique, quelque chose dans la maison fait acquérir au maître la possession. Les termes en sont suffisamment larges pour comprendre toutes affaires, livres, marchandises, voitures.

Cependant la rédaction n'est pas tout à fait heureuse (2). Il semble en la lisant que le serviteur exerce son propre pouvoir au profit du maître. Les mots « au profit d'autrui

(1) Endemann, p. 133.

(2) ART. 855. — « Si quelqu'un exerce le pouvoir de fait sur une chose au profit d'autrui, à raison de l'office qu'il remplit dans sa maison ou dans son industrie, ou à raison de toute autre situation de même genre qui l'oblige à se conformer aux instructions qu'il reçoit de lui relativement à la chose, ce dernier seul est possesseur. »

n'impliquent pas non plus la nécessité d'une volonté de la part de celui qui exerce le pouvoir de fait d'agir dans l'intérêt d'autrui, car une volonté contraire ne changerait pas la *Besitzdiener* en *Besitzherr*.

Pour expliquer l'article 853, il faut se servir du contexte et on comprend que ce qu'il veut dire peut se résumer en ceci : le simple détenteur pour autrui n'est pas possesseur (1).

Mais la possession du maître ne s'appuie pas sur le rapport juridique de dépendance dans laquelle se trouve le possesseur subordonné (2). Ce rapport est indifférent parce que le domestique ne peut tirer aucune conséquence juridique de sa puissance. Il ne peut donner le fond en possession, car le maître est resté possesseur exclusif et de plus la conscience sociale se refuserait à légitimer un pareil acte.

Vis-à-vis du maître de la possession, le détenteur n'est pas protégé par des actions possessoires. L'hôte, reçu en visite, prend, dans sa chambre ou à table, beaucoup de choses sous sa main sans en acquérir la possession.

La notion du pouvoir de fait doit être entendue au sens juridique, au sens social du mot et cette puissance ne revient pas au détenteur, comme le demande la situation physique, mais au maître de possession (3). L'article 853

(1) Planck, sous l'article 853 semble de cet avis. Il entend la maîtrise comme un pouvoir passant immédiatement au représenté, sans venir du tout au représentant.

(2) Ce qui a lieu pour le possesseur médiat.

(3) Endemann, p. 134.

ne se comprend qu'après cette explication que le Code néglige de donner.

Il faut même étendre l'article 855 au delà de ses limites littérales. La puissance de fait dans le sens socialo-juridique s'étend à des choses qui se trouvent hors de la maison. Elle se montre par l'utilisation de la chose sur qui elle tombe, comme pour la voiture du commis, pour la livrée du serviteur, pour les meubles de l'hôtelier; ici c'est l'usage pratique de la vie qui décide et non une formule juridique. C'est ainsi (1) que le soldat est détenteur de son uniforme et de ses armes bien que son rapport avec l'Etat ne soit pas analogue à celui qui existe entre le maître et ses serviteurs dans les affaires commerciales ou l'administration de la maison. Le détenteur peut obtenir l'acquisition de la possession comme délégué. Le délégué qui achète pour son maître n'est pas plus possesseur qu'un tiers qui est chargé de porter la marchandise au domicile de l'acquéreur.

Ainsi, le valet qui tient un cheval dont le cavalier est entré à l'auberge est un détenteur.

La détention doit se révéler par des signes extérieurs que peuvent comprendre les tiers.

Que le détenteur tienne la chose pour lui ou pour le possesseur (2), malgré les termes de l'article 855, cela n'a aucune importance.

Il faut s'en référer uniquement au point de vue social et

(1) Endemann, p. 134.

(2) V. Strohal; Sachbesitz, dans *Jherings-Jahrbücher für Dogmatik*, t. XXXVIII, p. 41.

se demander si aux yeux des tiers il y a possession médiate ou maîtrise de fait immédiate pour le représenté.

Que l'exercice de la puissance sorte d'entre les mains du détenteur, la possession cesse pour le maître. L'exemple classique est celui d'une cuisinière qui vend les cuillères en argent de son maître ; celui-ci perd la possession et elle a commis un vol.

Différence avec la possession dépendante. — Souvent, distinguer entre la détention subordonnée et la possession dépendante sera difficile. Ce n'est pas l'intention des parties qui crée la possession, à moins qu'elle ne « modifie en fait le rapport de droit auquel se relie la détention et par suite le pouvoir de fait qui en résulte. Un maître aura beau convenir avec son domestique que celui-ci a la possession de tel objet s'il ne modifie pas le caractère du dépôt qu'il lui a fait ; s'il n'entend pas en outre lui conférer certaines initiatives que, de droit commun, sa situation de domestique ne lui donne pas, ce changement de mot reste en soi purement inopérant (1) ».

Le mandataire, le mari agissent tantôt comme possesseurs immédiats dépendants et tantôt comme détenteurs subordonnés (2).

En général, le mandataire sera possesseur immédiat ; mais il peut se faire qu'il soit considéré comme simple détenteur. Il suffit de supposer un agent administratif, achetant pour la troupe des fournitures de petit équipement,

(1) Saleilles, *Possession des meubles*, p. 22 et 23.

(2) Endemann, p. 123.

chemises en gros, etc. Jamais il ne viendra à l'idée de personne de prendre cet agent, cet intendant militaire par exemple, pour un possesseur; il aura beau donner des ordres pour l'enlèvement des fournitures aux hommes chargés de la manutention. Cependant il a un mandat tacite, réel d'acheter ces marchandises et le gouvernement, représentant et émanation du pays, lui laisse une certaine latitude.

Il en est de même du simple caporal d'ordinaire qui est chargé de subvenir à la nourriture de sa compagnie d'après les règlements français sur le service en campagne; cet infime fonctionnaire est détenteur des marchandises achetées pour la compagnie et non possesseur.

Pour les sociétés et les autres personnes juridiques, il est des gérants qui agissent en leur nom. Les administrateurs et gérants sont de simples détenteurs subordonnés, obéissant à la personne juridique et exerçant pour elle la détention subordonnée (1).

(1) Pour les sociétés anonymes: V. Code de commerce allem., articles 231 et suiv. — Cette opinion a triomphé dans la jurisprudence. Les rapports de la direction et de la société sont en l'absence de conventions spéciales régies par les règles du louage de services, en ce qui concerne le congé à donner de part et d'autre (V. Carpentier, *Code de com. allemand*, p. 101).

La direction, étant simplement un des organes dérivés de la société tombant sous l'article 855, n'est pas responsable de ce qu'elle fait pour la société, mais uniquement des fautes lourdes qu'elle aurait commises et en vertu du droit commun dont l'article 1382 du Code civil français est la manifestation. En ce cas, il y a pour elle une obligation personnelle (V. un arrêt du Tribunal d'Empire dans le *Recueil*, t. XXVIII, p. 238, et aussi l'exposé des motifs présenté au Reichstag).

Il en est de même dans certaines hypothèses qui rentrent, semble-t-il, manifestement sous l'article 868 : un individu loue un billard à l'heure ou à la journée dans un café ; il a beau avoir dessus le *thatsächliche Gewalt* et être lié envers le cafetier par un contrat de louage. Il est détenteur en son nom. Le séquestre n'est pas possesseur des valeurs, des biens litigieux à lui confiés (1).

Au contraire, le voiturier et la Compagnie de chemins de fer se chargent de transporter voyageurs et colis. Ils n'ont pas le droit de se servir suivant leur destination économique des choses enfermées dans les malles, mais ils peuvent prendre à l'égard de celles-ci tous aménagements et dispositions nécessaires pour en effectuer le transport d'une façon commode pour eux et les voyageurs (2).

La distinction entre possession et détention est très importante et sera étudiée lors de l'acquisition de possession.

Suppression de la détention subordonnée dans la théorie purement objective. — L'avant-projet suisse a supprimé la

(1) V. Cosack, p. 60 et aussi Strohal, p. 15. — Le séquestre a simplement à garder la chose et à la remettre à celui qui sera reconnu possesseur par la justice.

(2) Saleilles, *Poss. des meubles*, p. 24-25. — Il n'en serait plus de même dans le cas de bagages portés à la main ou placés soit sur les filets du wagon, soit sur la place même occupée par les voyageurs. La Compagnie n'a absolument aucun pouvoir dessus et si un employé les déplace, il agit au nom du propriétaire et pour lui-même. C'est très différent du cas de bagages expédiés avec le voyageur, mais dans le fourgon à marchandises. Si ceux-ci sont perdus, la Compagnie est responsable puisqu'elle pouvait, devait y veiller et avait toute latitude pour le faire. — V. Code de commerce allem., articles 456 et suiv. Elle est au contraire déchargée de toute responsabilité pour les colis à main.

détention subordonnée. En tant qu'il s'agit d'une puissance de fait valable aux yeux des tiers, il n'y a pas lieu de considérer différentes sortes de possessions ; tous ceux qui exercent cette puissance sont possesseurs (1) et il n'y a pas à rechercher au nom de qui ils l'exercent, car objectivement la possession ne peut être exercée que par un individu pour lui-même. Rechercher le lien de servitude qui peut unir le possesseur à un maître, c'est introduire dans la conscience sociale un élément subjectif qui ne doit pas s'y trouver. Dans l'avant-projet, M. Huber repousse toute disposition analogue à l'article 855 du Code allemand. Il est surtout frappé des graves difficultés qui en sont les conséquences.

La doctrine et surtout la jurisprudence en sont réduits à marcher à tâtons et appliquer souvent à tort ou à travers les articles 855 et 868 indifféremment.

« Il se peut que le mandat général donné aux gens de service, ouvriers, gérants, implique le pouvoir de procéder à des actes déterminés sur une certaine chose. Le maître conserve la possession en puissance. Mais envers les tiers, le mandataire a la faculté d'avoir la détention physique de la chose et de par la volonté du possesseur, il est possesseur apparent » (2). Ainsi serait double la situation du serviteur de possession, de celui qui est dans le droit allemand un détenteur subordonné.

Vis-à-vis des tiers, il est possesseur et vis-à-vis du maître, il n'est rien. Le Code suisse reviendrait, sans s'en dou-

(1) « Message », p. 90.

(2) « Exposé des motifs », III, p. 295.

ter et par des moyens différents, à des résultats identiques à ceux du premier projet allemand, protection de la détention subordonnée vis-à-vis des tiers et aucune défense à l'égard du maître. Pour Huber, le détenteur subordonné devient possesseur envers et contre tous ; car la possession est une conception sociale ; mais vis-à-vis du maître, un contrat le soumet à sa domination. S'il a contre lui la possession, toutes les actions possessoires qu'il pourrait intenter seront paralysées par l'exception tirée du droit obligatoire (1).

Le système suisse n'est pas cependant plus pratique que le système allemand. Dans chaque espèce, le juge sera tenté de s'en rapporter à la puissance de fait et de voir si elle est suffisamment caractérisée entre les mains du détenteur ou si le maître ne l'a pas gardée par devers lui, c'est-à-dire si le détenteur n'est pas aussi une machine que fait marcher le maître, car il est aussi impossible de considérer comme possesseur de ses armes le militaire que la charrue locomobile qui défonce un champ. Pratiquement, les tribunaux se laisseront inspirer par des principes de justice et l'élément objectif sera dominé par des circonstances d'équité subjective qui fausseront la théorie.

(1) « Exposé des motifs », p. 294-296.

ACQUISITION ET PERTE DE LA POSSESSION

L'acquisition de la possession est établie sur les bases mêmes du droit romain. Cependant les vieilles coutumes germaniques, connues et diffusées à travers les écoles allemandes, ont quelque peu déformé les principes.

Le Code civil ne donne pas de règles claires de l'acquisition de possession. Il confond la notion de la possession elle-même avec son acquisition et ne pose pas les principes nécessaires.

La possession est transmissible et sur ce point la *Gewere* a gagné la bataille contre la possession.

Il faudra distinguer l'acquisition originaire sur une chose libre de possession et l'acquisition dérivée où le nouveau possesseur remplace un ancien dans sa situation.

Le changement dans la possession s'accomplit soit par des actes fortuits, soit surtout par des manœuvres de la volonté humaine.

Ces dernières sont des faits juridiques ou de simples faits matériels.

Tant qu'ils sont des actes de droit, ils peuvent être accomplis par la simple volonté, mais ils sont en même temps

soumis à toutes les exigences de la déclaration de la volonté (1). La loi ne les permet que pour l'acquisition dérivée.

Acquisition par l'obtention du thatsächliche Gewalt.

— Les actes qui n'ont rien de juridique ne sont soumis à aucune règle, si ce n'est à l'obligation de tomber sous la conception sociale du thatsächliche Gewalt.

Ce pouvoir de fait est générateur de toute sorte de possession.

L'acquisition originaire qui suppose l'obtention de cette puissance donne la possession immédiate ; en effet, la possession médiate suppose un acte juridique du genre du contrat de louage. De plus, la possession médiate ne peut se comprendre que si un autre exerce le pouvoir de fait. Au contraire, l'acquisition dérivée embrasse la médiate, comme l'immédiate.

Un fermier, sur l'ordre du bailleur prend possession d'un terrain libre de toute possession antérieure. Cosack (2) décide que le fermier a acquis la possession tout entière du fonds et qu'il en a détaché la possession médiate pour l'offrir au bailleur.

Il serait plus vrai de faire du fermier un représentant du bailleur qui a obtenu par lui la puissance de fait et la possession et qui instantanément lui en a remis la possession immédiate. Cette solution est plus conforme à la

(1) La déclaration de volonté est soumise aux prescriptions des articles 116 à 145 du Code civil.

(2) Cosak, p. 67.

nature du contrat de louage qui fait du fermier un individu subordonné au bailleur. Celui-ci lui a remis la possession du fonds et la lui reprendra. Le fermier n'est qu'un mandataire subordonné agissant dans les termes du mandat.

Il lui est prescrit de prendre possession du fonds pour lui-même sans doute, mais aussi pour le compte du bailleur. Le vrai possesseur dont il sera en quelque sorte le simple représentant chargé d'exécuter un fait pour lui, c'est le bailleur.

Le soldat qui s'empare d'un butin de guerre n'en est possesseur que par un acte blâmable. Il devient maraudeur, quand il agit ainsi sur les biens de l'ennemi et il commet le crime de pillage, devant l'ennemi puni de mort. C'était ainsi à Rome, et le légionnaire quoiqu'ayant droit à une part du butin n'en acquérait la possession qu'après partage. Cette hypothèse se rapproche étrangement de celle visée par Cosack et mène à une solution toute différente de la sienne.

Sans doute les règles de la représentation ne s'appliquent pas ici dans toute leur pureté. Mais la personnalité du bailleur absorbe, comme celle de la patrie, celle du détenteur subordonné (1).

Dans cette seconde hypothèse, le possesseur restait le peuple romain. Dans le premier cas, ce sera la même solution, à la suite de l'ordre, un contrat conférera au détenteur subordonné la possession immédiate.

(1) Le fermier sera un agent d'exécution, avant d'être un possesseur.

Cependant cette puissance de fait peut avoir lieu indépendamment de tout acte matériel. Un chien volé se sauve de chez le voleur, rentre chez son ancien maître pendant qu'il dort avec ses domestiques. Un vagabond qui choisit le jardin d'une maison habitée pour y passer la nuit n'est rien moins que possesseur.

La possession est acquise sur les choses libres de possession, sans maître ou perdues, par une prise de possession de la chose, selon l'article 854-1°, mais jamais par une simple déclaration de volonté ; cette exigence a lieu aussi pour l'acquisition par dépouillement d'un autre sans sa volonté.

La possession ne peut non plus être acquise par le détenteur subordonné par sa simple volonté. Pour qu'il change son titre, il faut qu'il réalise sa détermination par une prise de la chose contredisant le pouvoir du maître de possession de façon suffisamment claire de façon à satisfaire la conscience sociale. Le possesseur immédiat pourra détruire de la même façon la possession médiate qui le gêne.

La règle de l'article 854-1° s'applique à une chose libre de possession. La conscience sociale peut facilement discerner s'il y a un pouvoir de fait sur la chose prêt à s'exercer ou s'il n'y a rien. Un oiseau est pris, il s'échappe. D'abord il est tombé en possession ; puis il s'en affranchit. Mais lorsqu'il est ainsi tombé dans le filet, sera-t-il la possession du maître de la chasse ou de celui qui a tendu le filet ?

De la solution de ces questions découlent des conséquen-

(1) Le dormeur et l'absent *peuvent* acquérir la possession des journaux déposés dans leurs boîtes aux lettres.

ces fort importantes et rien ne sera plus délicat que de distinguer la nature et le grade de la possession. La notion sociale est trop élastique ; en réalité c'est celle que se fait de sa propre autorité le juge ; elle est souvent l'opposé de celle de la société tout entière.

Si déjà dans l'acquisition d'une *res nullius* des difficultés se présentent, à plus forte raison y en aura-t-il si l'objet de la possession se trouvait auparavant dans la maîtrise de fait d'un individu. Le moment où la possession nouvelle existera et son existence même pourront souvent être contestés.

Un individu reçoit des amis. Il ne devient pas possesseur des vêtements qu'ils ont emportés. Cosack attribue cette solution au défaut de volonté possessoire (1). La possession exige une maîtrise voulue sur la chose et l'hôte n'a pas la volonté de posséder cette chose. Cette solution cadre mal avec ce qui est dit dans les travaux préparatoires. Si l'hôte ne devient possesseur, c'est que la conscience sociale lui refuse cette situation. Il est un détenteur subordonné qui possède pour un autre. M. Saleilles y voit un dépôt d'un genre particulier. En général le dépôt confère la possession. Mais le dépôt dont il s'agit ici ne donne pas au dépositaire le droit de prendre « sauf le cas extrême, les dispositions et aménagements qui lui pourraient agréer au sujet de ces

(1) Cosack admet la nécessité d'un *animus possidendi*, c'est-à-dire une volonté d'acquérir la possession. Or cet *animus* ferait défaut ici, t. II, p. 68. Crome suppose un *animus* contraire présumé par les tiers eu égard aux circonstances : *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. III, § 344, II, p. 27.

vêtements » (1). C'est ainsi un dépôt qui n'a aucun des éléments essentiels de ce genre de contrat (2).

Endemann qui inconsciemment rejette la théorie de l'*animus possidendi* (3) admet que la possession du maître s'étend sur tout ce qui tombe dans le domaine domestique (4). La conscience sociale le présume et il n'y a lieu de faire

(1) Saleilles, *Possession des meubles*, p. 20.

(2) Le dépôt crée pour le dépositaire l'obligation de garder la chose et par là de prendre toutes mesures qui pourraient agréer au dépositaire. Or dans la théorie de M. Saleilles, il serait amputé de son obligation principale que le Code allemand a jugée de telle importance qu'elle lui a servi à définir ce contrat (art. 688).

(3) V. Saleilles, *Poss. des meubles*, p. 20.

(4) Endemann, p. 138, p. 158 et suiv. — Le rapport objectif de puissance s'étend d'après la conception sociale juridique à la demeure, maison et cour, mais aussi à tout ce qui se trouve dans les armoires, garde-robes, etc.

Pour limiter ce rapport objectif, Endemann admet que :

1° Le pouvoir sur toute la chose et la nécessité d'une protection manquent aussi longtemps que le visiteur, les domestiques exercent encore eux-mêmes la protection sur les choses apportées par eux. De là ils possèdent les pièces de toilette accrochées dans le restaurant, la malle emportée. Mais si un visiteur a laissé son parapluie dans ma demeure, la force possessoire est passée sur moi.

2° Si un meuble est passé par hasard sur un fonds étranger, le possesseur peut le suivre jusque-là (art. 867), pourvu qu'il n'y ait pas de nouvelle possession. Jamais cet article n'a exigé que le possesseur le suive et dans la logique, le possesseur du fond devrait devenir un possesseur dès l'arrivée de la chose.

Quant aux choses qui sont dans les magasins ou entre les mains d'une Compagnie de transport, il y a acquisition de possession immédiate pour la Compagnie de transport ou les magasins généraux. Pour celles qui sont perdues et trouvées par des tiers, elles doivent être rendues au propriétaire ou au perdant, dans l'intérêt de la sécurité publique et celui personnel du perdant sans aucun délai (art. 978-2°. — Voir un arrêt de la Cour de Stuttgart dans *Seufferts Archiv.*, vol. XXXIII, n° 307). L'inventeur a la garde des objets trouvés et il doit les remettre au possesseur véritable ou à

exception que pour les objets que les hôtes ne perdent pas de vue ; ce sera le cas de vêtements accrochés derrière les clients dans un café, celui des chapeaux qu'une vieille habitude mondaine oblige à tenir à la main durant une visite ; il n'en sera plus de même pour les vêtements accrochés au vestibule.

Cette solution paraît inacceptable. Jamais le maître n'a été considéré comme ayant un pouvoir de fait quelconque sur les affaires de ses invités.

Dans l'antiquité barbare, l'hôte, reçu fraternellement, avait sur les biens de son amphitryon, un pouvoir très considérable. La conscience sociale répugne à modifier cette solution.

S'il m'arrive de laisser un objet chez un ami, je serai tranquille sur son sort et j'envisagerai le détenteur comme chargé d'exercer la possession pour moi. J'en fais un mandataire subordonné. Au contraire, si c'est dans la rue que je l'ai laissé, je suis bien forcé d'admettre que l'inventeur a la possession car, aux yeux des tiers, il passera pour l'avoir (1) et c'est toujours à cette conscience populaire

l'autorité. Son rôle est celui d'un possesseur immédiat à qui la loi a donné un possesseur médiat, le perdant.

(1) La solution d'Endemann s'explique facilement par la conception même de sa maîtrise. La maîtrise est objective et il court après un critérium qui n'existe pas, car à chaque hypothèse, la conscience sociale dictera un jugement différent. Ce critérium, il le recherche dans la notion même de la possession considérée comme puissance objective et il arrive à décider que toute chose qui se trouve dans l'espace compris dans le domaine du maître, est en sa possession. Ainsi, grâce à ce rapport de puissance limité territorialement, viennent sous la maîtrise de fait du possesseur, pouvant être par là protégées

que je devrai me rapporter, et non à telle ou telle subtilité juridique.

Crome (1) décide que dans aucun cas il n'y a possession du maître, « parce qu'il est admis d'après les usages courants qu'un maître n'entend point prendre possession des choses qui appartiennent à ses hôtes, même si ceux-ci les ont oubliées » (2). Pour arriver à cette solution, Crome exige pour la réalisation de la possession deux éléments, la *thatsächliche Gewalt* et un *animus* du possesseur. L'élément subjectif, l'*animus possidendi*, existera en la personne du possesseur, indépendamment de toute preuve et sans

contre toute entreprise étrangère, toutes choses qui sont entrées dans le domaine possessoire de n'importe quelle façon, même sans que le possesseur le sache. Exemple : une marchandise entrée en l'absence du possesseur par une fenêtre (Endemann, p. 157) ou par une porte. Le possesseur de ce domaine peut défendre la reprise violente de tout ce qui aurait été délaissé par un autre dans sa maison et même exiger le rapport de l'objet emporté. Le fondement de cette possession est un besoin absolu de protéger la possession paisible par l'établissement de la défense possessoire pour assurer la conservation et la sécurité de l'état apparent.

Une acquisition sans la vouloir et sans la savoir est possible, si la chose entre dans le domaine où s'exerce le pouvoir du maître ; il faut pour limiter ce domaine s'en rapporter aux règles de la vie ordinaire (Endemann, p. 157). — La théorie d'Endemann consiste à affirmer que la conscience sociale admet le pouvoir domestique comme s'exerçant sur tout ce qui passe dans le domaine ambiant. Cette affirmation trouve une objection dans l'article 867. Dès l'instant où la possession ne passe point au maître du fond par le seul fait que le pouvoir est perdu pour le possesseur, la théorie ne s'explique plus. Être obligé, comme l'a fait Endemann, de faire appeler à l'échappatoire des règles de la vie ordinaire pour expliquer les nombreuses dérogations à sa théorie, c'est la détruire.

(1) Crome, III, 1906, p. 347.

(2) Saleilles, *Possession des meubles*, p. 22.

tenir compte de la croyance sociale. On veut ou on ne veut pas quelque chose, sans s'occuper de ce que pensent les autres.

Admettre un élément subjectif, c'est admettre que la preuve en sera cherchée chez le sujet, et c'est ce que Crome ne veut pas. Il ne va pas jusqu'au bout de sa doctrine ; il demande aux usages courants, manifestation particulière de la conscience sociale, de reconnaître un pouvoir de fait suffisant et en même temps de décider ce qu'a pensé l'acquéreur de possession.

C'est faire une œuvre illogique. Le système de Cosack, admettant une maîtrise voulue, décide que cette volonté doit être recherchée dans les circonstances qui ont amené le pouvoir de fait, qui l'ont accompagné. Mais Crome prend une volonté différente, extérieure à l'appréhension de la chose et c'est extérieurement à celle-ci que la preuve en doit être trouvée.

En réalité Crome, déjà moderne par ces tendances, se ressent trop de l'école de Savigny. Il ne peut se résoudre à proscrire toute volonté agissante dans l'acquisition du pouvoir de fait et il en est venu à exiger une présomption qui va différer suivant le cas avec la conception sociale.

Le pouvoir de fait, dans aucun des cas proposés, n'est socialement suffisant pour établir la possession du maître sur les objets laissés par les visiteurs et ce n'est que par un acte suffisamment caractérisé que le maître en deviendra possesseur, de la même façon que le détenteur subordonné or-

dinaire, valet de possession, secoue le joug de servitude qui pèse sur ses épaules (1).

Qu'on admette que le maître devra faire serrer les vêtements, les garder dans le sens de l'article 688, ceci semble assez douteux. L'obligation du maître est purement morale, mais il devra agir suivant les instructions tacites de l'ancien possesseur dans les termes de l'article 855. La surveillance que le maître de maison exerce sur les vêtements ne changera pas de nature, suivant que l'autre est dans la maison ou en est sorti.

Systèmes antérieurs. — Dans le premier projet le *that-sächliche Gewalt* ne suffisait pas, il fallait l'*animus possidendi*. Les complications et les obscurités que l'on rencontre avec le système du Code se seraient reproduits et de plus il en serait né de nouvelles sur l'*animus possidendi* lui-même (2).

(1) Crome admet que ce sera une question très délicate de savoir quand et par quels moyens le maître contredira à la possession de l'hôte et deviendra possesseur immédiat ou seul possesseur. Nous nous rallions à cette opinion ; mais il n'y a pas de critérium possible et dans chaque cas, le problème se posera, sans qu'aucune formule ne soit applicable a priori pour sa résolution. Ce sera aux juges à chercher quand le pouvoir de fait sera suffisant.

La présomption de Crome n'aidera pas à résoudre la question, puisqu'elle variera avec la conscience sociale et manquera ainsi au seul but des présomptions tendant à simplifier ou écarter la preuve. — V. les articles 1352 et 1353 du Code civil français.

(2) Les motifs du premier projet commencent par poser le principe que l'acquisition de la possession n'est pas une affaire de droit (p. 83, 89, 91) ; mais un acte de fait engendrant des effets de droit (p. 80). De là, il n'existe aucune différence entre l'acquisition de la possession par occupation violente ou équivoque et le transfert consensuel (Gierke, *der Entwurf*, p. 300).

Pour acquérir la possession, il faut (Kommiss. de 1880, p. 55) de plus

Le Code civil français n'admet pas la théorie du Code de 1896. Etant à l'image de la propriété, la possession s'acquiert comme elle. Sans doute l'occupation sera plus fréquente que pour celle-ci, les objets sans possesseur étant plus nombreux que ceux sans maître.

Les règles qui régissent la matière sont traditionnelles ; elles nous viennent de Pothier. Composée de deux éléments comme dans le premier projet allemand, la possession ne s'acquiert que par leur réunion. Il faut d'abord la volonté de posséder (1) ; la détention *sine animo domini* n'est pas une possession.

De là, si un individu achète une chose et qu'il prenne livraison d'une autre par erreur, il n'obtient pas possession de cette dernière. Le défaut de *corpus* l'empêchera d'acquérir la possession de l'autre (2).

Aussi bien les personnes physiquement incapables de volonté ne peuvent posséder par elles-mêmes, les fous, les enfants. Mais ceux qui ont l'usage de leur raison, quoique juridiquement incapables, mineurs et femmes mariées, semblent bien le pouvoir au contraire. C'est l'avis de Pothier, de Troplong, et c'est une conséquence de la nature de fait de la possession (3).

Le *corpus* consiste en tout « fait ou acte qui dénote la

la volonté d'avoir la chose pour soi. De là, un incapable ne peut acquérir la possession par ses propres actes. C'est du reste le système du Code bavarois, II, 5, § 10. — V. Bangerow, *Pandekten*, I, § 204.

(1) Baudry-Lacantinerie et Tissier, *La prescription*, p. 174.

(2) Pothier, *Possess.*, § 40.

(3) Troplong, n° 238 ; Pothier, *Possess.*, § 45.

possibilité d'agir actuellement matériellement sur la chose » (1).

Cette possibilité peut résulter de diverses circonstances ou de la situation physique de la chose. Il n'est pas nécessaire de porter directement la main dessus (2), mais il faut seulement un acte impliquant la volonté de se l'approprier.

Dans le cas d'acquisition dérivée, le *corpus* résulte de tous les faits qui donnent à l'acquéreur possibilité d'user en maître de la chose. Il faut une délivrance (3).

Les manifestations de *thatsächliche Gewalt* suffisant pour acquérir la possession se présenteront sous des formes variées et différeront absolument suivant qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles.

Pour les meubles, un acte matériel sera en général néces-

(1) Baudry-Lacantinerie et Tissier, p. 175.

(2) V. Aubry et Rau, t. II, p. 111. Les faits qualifiés crimes ou délits contre la propriété privée par la loi pénale, qui auraient fait l'objet d'un jugement au criminel, ne seraient pas par eux-mêmes capables de faire acquérir la possession. — V. Civ. cass., 17 juin 1862, S. 62.1.711 ; 31 août 1842, S. 42.1.817 ; Req., 26 avril 1876, S. 76.1.304.

(3) Cette délivrance sera en général une tradition réelle ; par exemple une remise matérielle. « Si c'est un meuble, il faut que ce meuble soit remis entre mes mains ou aux mains de quelqu'un qui le reçoive pour moi ou en mon nom ; si c'est un héritage, il faut que je me transporte sur cet héritage pour m'en mettre en possession ou que j'y fasse transporter quelqu'un qui s'y mette en possession de ma part. » Pothier, *Possess.*, § 41.

Ce pourra être une tradition feinte comme dans le cas de constitut possessoire ou même de l'article 1136 du Code Napoléon. Cet article suppose un constitut possessoire écrit dans les contrats antérieurs à la Révolution d'une façon générale et déclare que si les parties ont omis de l'inscrire, il sera sous-entendu. On doit l'étendre de la propriété à la possession comme les autres règles la concernant.

saire, il consistera par exemple à changer l'objet de place, à le mettre chez soi. On a un cheval dans son écurie, l'amieusement dans sa chambre et par là la possibilité d'exclure tout-à-fait l'action des tiers, aussi bien que pour les immeubles (1). La maîtrise n'a pas besoin d'être exercée ; il suffit qu'instantanément on puisse repousser toute attaque (2).

Acquisition de la possession dérivée. — Le *thatsächliche Gewalt* est un moyen d'acquérir la possession originaire sur des choses libres de possession. C'est aussi une façon de succéder à un autre dans sa possession.

Si la possession était un droit, ce ne serait que par l'accord des parties qu'elle pourrait passer, avec tous ses vices, entre les mains d'un acquéreur. Etant un fait, la possession peut cesser pour un individu et commencer pour un autre, sans qu'il y ait succession dans les deux possessions ; elles peuvent être même très différentes, porter sur des parties plus ou moins considérables de la chose. La succession dans la possession est une anomalie, une notion illogique, mais nécessaire que le Code a consacrée dans certains cas pour le besoin pressant d'une pratique. Aussi bien la conscience sociale n'admettrait pas que lorsque le possesseur a permis à un ami de reprendre sa possession il ne lui en cède pas en même temps les vices.

Dans l'acquisition de la possession dérivée, il faudra tenir

(1) Bruns, *Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts*, p. 167, 1874.

(2) Baron, *Zur Lehre vom Besitzwillen*, dans *Jherings Jahrbücher für Dogmatik*, XIX, p. 192-247 et XXX, p. 197-223.

compte de ce que la possession, situation de fait, ne se trouve réalisée en la personne d'un individu que s'il est en mesure d'exercer un pouvoir de fait socialement suffisant sur la chose.

Tradition. — Aussi jamais l'accord de l'aliénateur et de l'acquéreur ne sera suffisant ; il faudra que la déclaration de volonté soit accompagnée d'actes, de manœuvres qui la corroboreront ; par exemple, l'aliénateur apportera la chose dans la demeure de l'acquéreur.

La simple remise de la chose suffit un peu comme une manifestation d'actes positifs amenant l'appropriation. La possibilité d'acquérir ne compte pas, seule la puissance immédiatement réalisable sur la chose décide. Si la chose est entre les mains d'un détenteur subordonné et que l'ordre lui ait été donné de la tenir à la disposition exclusive de l'acquéreur, l'acquisition est parfaite ; car le détenteur continuera à exercer la puissance de fait sur la chose, non plus pour son maître, mais pour l'autre partie ; le maître lui a donné mandat impérieux de représenter l'acquéreur.

D'autre part, supposons une cuillère en argent enfermée dans une armoire. Les choses qui sont contenues dans cette armoire seront en possession dès que l'armoire sera ouverte à l'acquéreur, dès qu'il pourra se les approprier (1) ; car il y a possession quand, d'après la constitution actuelle du rapport sur la chose, on peut disposer de fait en conformité

(1) Endemann, p. 140.

avec l'usage habituel de la chose et sa destination, suivant les habitudes sociales.

Le Code allemand (art. 854-2°) donne toujours une grande importance à la puissance de fait ; il dit simplement qu'avec l'accord de volontés, il faut une translation, une tradition de possession. Mais cette tradition n'a pas besoin de revêtir telle ou telle forme spéciale (1). Il suffit que l'acquéreur ait un pouvoir de fait immédiatement réalisable.

Là aussi, les règles de la vie concrète remplaceront les textes et les principes juridiques.

La tradition symbolique, la marque sur les arbres acquis ou la remise de clés pour une maison, ne suffit pas par elle seule à l'acquisition de la puissance de fait. Ce n'est qu'un moyen éventuel complémentaire d'autres dont l'ensemble permet l'exercice de cette puissance. Le plus souvent, il y aura un accord de volontés et obligation pour l'aliénateur de reconnaître les droits acquis. Ce symbole aura alors à peu près pour résultat de distinguer les choses aliénées, d'assurer le droit de poursuite né de l'obligation qui unit les parties.

Dans le commerce, la tradition des titres, des warrants et des lettres de voiture remplace la remise corporelle de la chose qui en est l'objet ; les usages commerciaux ont transporté à ces documents tous les droits de disposition de la chose et celui qui les a en mains acquiert par là la possibi-

(1) La tradition ne doit pas être regardée comme un moyen d'acquisition indispensable. — V. Bähr, *Jherings Jahrbücher*, t. XXVI, p. 319 ; *Rechtsgericht*, t. XXVI, n° 180.

lité certaine de disposer à son seul gré. Le conducteur de transport est réputé avoir acquis les marchandises par la remise du connaissement (1).

Volonté. — Dans la possession dérivée, la volonté joue un rôle. Elle est suffisante même pour transférer la possession médiate antérieure au possesseur immédiat. Il y a là une simple consolidation de la possession.

La possession médiate a pour fondement non pas un *Thatsächliche Gewalt*, mais un rapport de droit par la force duquel le possesseur immédiat, usufruitier, fermier, locataire, est une machine à possession du médiat (2).

Si un tiers a acquis par contrat le pouvoir de fait du possesseur médiat, la possession médiate lui est passée et il le remplace dans le rapport de droit existant avec le possesseur immédiat, à la condition que ce dernier reconnaisse cette mutation.

Pour la tradition de la possession immédiate le contrat ne suffit que dans les cas où le possesseur a le moyen

(1) Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*, t. II, 1891, 69. — V. sur le connaissement : Code de commerce allemand, §§ 644 et 645. Pour les lettres de change : loi générale allemande sur le change, promulguée pour toute l'Allemagne le 5 juin 1869, article 36.

Pour certaines traites commerciales, il y a garantie d'un gage qui constitué au profit du tireur, passe successivement aux différents porteurs avec le titre lui-même. Voir Lyon-Caen et Renault, *Manuel de droit commercial*, 1904, p. 430. Le connaissement, lorsqu'il est transféré suivant les formes exigées par la loi nationale, confère au porteur le droit de se faire remettre les marchandises à leur arrivée.

Pour les warrants : V. Code de commerce allemand, article 363, et loi française du 28 mai 1858, articles 4-5 et surtout 10.

(2) Gierke, p. 160.

d'exercer la puissance de fait sur la chose. Ce sera le cas de l'envoi en possession d'une chose librement accessible, un bois, un fonds ouvert.

On a voulu voir dans l'article 854-2° une dérogation au premier alinéa. On a cru qu'il donnait dans le cas d'accord de volontés la première place à celle-ci. En réalité cela n'est point. Le Code a au contraire voulu reconnaître que dans ce cas, il était encore nécessaire d'avoir le pouvoir de fait (1).

Par le contrat l'aliénateur sera tenu de respecter la possession qu'il cède et vis-à-vis des tiers à la faire respecter. On conçoit donc bien que le législateur, craignant des discussions oiseuses, ait voulu déclarer que l'accord de volontés, obligatoire entre les parties, ne pouvait transférer la possession vis-à-vis des tiers.

La possession immédiate pourra, comme la médiante, être donnée en tradition ; le locataire pourra louer sa chose, sous la réserve de ne point nuire au possesseur médiat.

Constitutum possessorium. — Le constitut possessoire est une sorte de tradition. Il réalise une succession dans la possession qui se transmet avec ses vices et ses qualités, comme un droit.

La tradition ordinaire comporte en général une remise

(1) La volonté de posséder n'a aucune importance particulière lorsque le détenteur antérieur était possesseur d'après l'article 854. Par exemple pour des lettres recommandées, la volonté de possession est suffisante, si elles sont jetées dans la boîte, alors qu'on ne le sait pas du tout. Schérer, *Das erste Jahr des bürgerlichen Gesetzbuchs, die gesammte Praxis und Theorie*, 1901, p. 99.

corporelle (1) de l'objet, un changement perceptible et voulu dans la personne même de l'acquéreur qui pourra ainsi exercer ou être mis en état d'exercer la puissance de fait, et il faut que cette puissance ne réside plus dans la main de l'aliénateur.

Dans le constitut possessoire, il n'en est plus de même. L'aliénateur continuera à exercer la possession, mais ce ne sera plus à son compte. Il deviendra un simple valet du nouveau possesseur, possédant pour lui seul.

Dans un contrat l'aliénateur s'oblige à transférer la possession d'une chose à son co-contractant et il ajoute que dès la signature il se considérera comme détenteur en son nom.

Cette clause a été très employée dans la vie pratique. Elle fut inventée par les Romains et le Code de 1804 l'a consacrée (2).

Elle a pour but de faire passer la possession médiate sur la tête de l'acquéreur.

Pour qu'elle puisse avoir effet, pour que les conditions inhérentes à sa nature soient remplies, que la situation du fond soit reconnaissable, conformément aux exigences de la sécurité des transactions, un rapport de droit mettra, dans le constitut possessoire, l'aliénateur en état de dépendance vis-à-vis de l'acquéreur. Le constitut donnera, dans le contrat même dont il ne sera qu'une clause, l'estampille dont le maître marque ses serviteurs (3).

(1) Voir Gierke, p. 231.

(2) Voir Code civil français, article 1136 et Premier projet allemand, article 813. — V. Gierke, *Entwurf* (90 et suiv.) ; « Motive », p. 98.

(3) V. Avant-projet suisse, § 1024.

Du reste, le droit allemand étend à la propriété le constitut possessoire (art. 930), la tradition étant nécessaire encore pour transférer la propriété (1).

Acquisition par représentant. — Indépendamment de la représentation possible dans le contrat déclaratif de volonté, la puissance peut être acquise par un représentant pour le représenté.

Il n'existe pas dans le Code allemand de règles spéciales à la représentation dans une situation de fait. Il faudrait se garder de vouloir appliquer les principes généraux des articles 164 et suivants sur la représentation dans les actes juridiques ; car il ne s'agit pas dans l'acquisition de possession d'atteindre la réalisation d'un acte juridique vis-à-vis de tiers déterminés, mais de créer une situation possessoire véritablement opposable à tous. Dans le premier projet l'article 801 étendait les règles de la représentation à cette hypothèse. Cet article a disparu dans la seconde commission.

Les « Protokolle » (2) déclarent que cette analogie, imposée par le législateur, bien qu'elle ne soit pas exacte pour la possession immédiate, sera reconnue sans règles particulières.

(1) Voir Code civil allemand, *Lég. étr.*, II, p. 545 et 546. — Dans l'article 930, la loi exige un contrat de la nature de ceux de l'article 868, il le faudra de même dans le constitut possessoire.

La possession, ainsi aliénée, pourra être aussi bien immédiate que médiate. Car le possesseur médiat, comme l'immédiat, peut consentir un acte juridique qui créera une possession médiate (art. 871).

(2) « Protokolle », p. 3344-3345, t. III, p. 228.

Cependant sans texte précis, ce serait commettre une hérésie juridique de les appliquer. Même là où l'acquisition de possession peut être considérée comme une affaire juridique, l'article 164 ne peut trouver aucune application. L'acquisition n'est pas déclarée par le représentant au nom du maître vis-à-vis d'un tiers, et aucun droit ni obligation n'existe entre le maître et le tiers, ce qui est cependant le but de la représentation dans ce cas (1).

La nécessité de se servir pour l'acquisition de la possession d'un représentant est socialement et unanimement reconnue. D'après le droit allemand, cette représentation peut s'opérer de deux façons.

La personne qui sert de représentant peut servir pour l'acquisition et la réalisation de la puissance de fait. Ici, le maître devient seul possesseur, c'est-à-dire que le représentant reste un simple détenteur. Le domestique est envoyé par le maître pour prendre livraison de marchandises. S'il exerce la puissance de fait de son maître sur un jardin, elle sera acquise à celui-ci même s'il est couché dans son lit depuis des années sans pouvoir en bouger ou si, faisant par un régisseur prendre possession d'un bien, il n'est jamais venu le visiter.

Il faut que, par l'intermédiaire du détenteur, le maître de possession mette sous sa puissance de fait une chose déterminée, qu'il y ait subordination de l'un à l'autre.

Dans des cas très rares, la preuve et l'existence du rapport de subordination ne sont pas exigées.

(1) Endemann, p. 161.

Par lui, la possession est placée dans la maîtrise immédiate du maître et il suffit de l'acquisition matérielle par le détenteur subordonné pour sa réalisation (1).

Le représentant peut aussi lui-même acquérir immédiatement la possession, mais ceci sous des rapports obligatoires qui le lie envers le représenté, possesseur médiat. Vis-à-vis des tiers, le représentant n'a pas besoin de paraître représenter un autre (2). Il peut agir comme pour lui (3).

Acquisition de la détention. — Le Code allemand ne fait pas allusion à l'acquisition de la détention (4). Cependant les mêmes arguments militent en faveur de la détention que de la possession. Les règles étudiées pour l'acquisition de cette dernière s'appliquent ici.

Le pouvoir de fait que réclameront les tiers sera insuffisant pour créer la possession, mais le législateur n'a pas

(1) Endemann, p. 162, exige la volonté du maître de mettre sous sa puissance une chose déterminée par l'intermédiaire du *Bentzhalter*. En réalité, cette volonté pourra être un des éléments constitutifs de la subordination, mais ce ne sera pas le seul. Il ne sera même pas nécessaire qu'il ait eu connaissance de l'acquisition. Seulement la prescription ne commence à courir que du jour où il l'aura sue.

(2) Il est même indifférent que l'aliénateur sache qu'un autre doit devenir possesseur médiat. C'est l'avis de la jurisprudence allemande qui n'applique pas les articles 164 et suiv. Ces articles exigent, en effet, que les tiers intéressés connaissent le nom du représenté et la qualité du représentant.

(3) Voir Regelsberger, *Über Besitzerwerb durch Mittelspersonen*, *Jherings Jahrbücher für Dogmatik*, t. II, p. 422 à 429.

(4) Le premier projet de 1888 contenait toute une théorie sur l'acquisition de la détention qui comprenait en son ensemble le *Fremdbesitz*. — Voir « Motive », p. 83-85, etc. ; Gierke, *Entwurf*, p. 300. — La détention n'exigeait qu'un pouvoir de fait.

hésité à protéger, dans des limites moindres sans doute, la détention et le détenteur qui aura exercé la maîtrise au nom d'un autre pourra faire acquérir à un tiers l'exercice de cette maîtrise au nom du même possesseur.

La détention pourra s'acquérir originairement. Ce sera le cas du constitut possessoire où l'aliénateur, tant que le nouvel acquéreur ne l'aura pas remplacé dans l'exercice de la possession, pourra très bien posséder au nom de celui-ci, sur les instructions qu'il lui aura données. Ce sera aussi le cas d'acquisition de possession par représentant. Si le représenté acquiert immédiatement la possession, le représentant sera détenteur dans les mêmes limites (1).

Continuation et perte de la possession. — La possession une fois créée dure tant qu'un fait positif ne vient pas l'interrompre.

Jusque-là il suffit pour exercer les actions possessoires de prouver l'acquisition antérieure de la possession. C'est une analogie très grande avec les droits. L'adversaire devra donc prouver que la perte a été consommée entre temps.

Le fonds une fois acquis restera en possession, même si le possesseur le laisse inculte ou s'il n'entre point durant des

(1) La tradition de la détention subordonnée exigera encore une volonté d'acquérir pour le nouveau détenteur et une volonté d'aliéner chez l'ancien, seulement cette acquisition devra être la détention subordonnée et non plus la possession. A notre avis, le rapport de subordination qui lie la détention à la possession obligera à demander la permission au possesseur. Sinon il pourrait considérer qu'il y a là un trouble dans sa possession qui donnerait lieu à l'exercice des actions contre les deux parties.

années dans la maison qui s'y trouve. Ceci a lieu même pour les meubles qui pourraient y être contenus. Ainsi le fait même de la perte ou de l'oubli d'un meuble ne détruit pas la possession.

Dans la conception des tiers, une puissance de fait qui est réalisable immédiatement ou qui est conforme à l'utilisation de la chose est présumée continuer ou exister, tant que rien ne l'empêche.

Il s'en suit que la possession ne sera ni détruite, ni même interrompue par des événements qui empêchent d'après leur nature l'exercice de cette puissance d'une façon passagère. Un chien sort ; un fonds est submergé ou le passage dans ce fonds est interdit par mesure de police (1) pour quelques jours. Dans ces cas, la suspension de l'exercice de la puissance sera sûrement passagère.

Au contraire, la destruction de la possession aura lieu quand l'interruption sera permanente et définitive ou qu'elle ne pourra être levée que par des mesures qui n'ont rien de possessoire. Le voleur qui s'empare de la possession pour lui détruit celle de son prédécesseur.

La possession est perdue par la perte ou l'impossibilité persistante d'occuper ou d'atteindre la chose. Un fonds est occupé par une rivière qui en fait son lit. Un animal sauvage (2) reprend sa liberté.

(1) Endemann, p. 134.

(2) ART. 960. — « Les animaux sont sans maître tant qu'ils se trouvent en liberté. Ceux des parcs zoologiques, etc., ne sont pas sans maître.

« Lorsqu'un animal sauvage capturé recouvre sa liberté, il redevient

La maison possédée brûle et est refaite. La possession ne persiste que si la maison est simplement réparée, si la substance de l'ancienne en a été gardée (1).

La possession peut être perdue pour un individu sans être acquise par un tiers ou bien au contraire, il y a changement de possesseur.

L'article 856 du Code civil, dans des termes très généraux, montre bien la volonté du législateur de donner la première place au pouvoir de fait sur la chose. Il ne suffit pas d'une déclaration pour faire cesser la possession et l'article 854-2° éclaire bien l'article 856. Dans ce cas, il faut, avec une déclaration de celui qui transmet la possession, la remise du pouvoir de fait à l'acquéreur sous la forme de possession éminente. L'ancienne possession disparaît et une nouvelle se crée. La conséquence de la perte de possession sera que la nouvelle possession se fortifiera ou se créera (2).

Ce sera le cas du possesseur immédiat qui renonce par contrat à la possession. La possession médiate s'augmentera de la possession immédiate.

La perte peut être aussi involontaire ; un tiers peut sans aucun droit venir s'emparer du fonds et établir sa maîtrise et ce sera suffisant, même si le dépossédé n'a pas eu connaissance de cette voie de fait.

Renonciation. — La possession peut aussi être perdue sans maître, si le propriétaire ne le poursuit pas immédiatement ou si la poursuite est abandonnée. »

(1) La chose peut aussi périr.

(2) Planck, § 856.

volontairement, sans qu'un autre en profite. Pas plus que précédemment il ne sera besoin d'une déclaration formelle de la volonté (1). Seulement si le possesseur a actuellement la chose dans sa possession immédiate, il devra abandonner totalement sa maîtrise aux yeux des tiers. La chose redeviendra libre de toute possession et si un tiers s'empare, il commencera pour lui une possession nouvelle, une possession originaire (2).

Perte par autrui. — La perte de possession peut s'effectuer par un tiers aussi bien que par le possesseur. La possession sera perdue, lorsque le détenteur ne pourra plus exercer la maîtrise au nom de celui-ci (3) ou bien lorsqu'il aura vu la chose lui échapper par le fait d'un agresseur.

(1) Cosack, p. 77 et suiv.

(2) L'avant-projet suisse admet les mêmes causes de perte que le droit allemand : « La perte de la possession, comme son acquisition, se rattache étroitement à la puissance de fait » (*Exposé des motifs de l'avant-projet*, p. 301). La possession se perd donc, soit lorsque le possesseur ne peut exercer le pouvoir effectif, soit lorsqu'il renonce à l'exercer, mais non point parce qu'il ne l'exerce pas *de facto*. « Ces conséquences qui découlent de la notion même de la possession n'ont pas besoin d'être déterminées légalement, quelle que soit leur importance, elles sont assez évidentes. » Ainsi le Code suisse laisse au juge le soin de voir si la possession est ou non perdue.

(3) Le connaissance en droit maritime n'est pas la représentation des biens. Le détenteur du connaissance a la maîtrise de fait sur les objets qu'il vise et le capitaine est détenteur subordonné de celui-ci. Si donc il y a plusieurs connaissances, il y aura plusieurs possessions et à chaque fois qu'il y aura une nouvelle signature sur l'un d'eux, il y aura une nouvelle possession (V. art. 644, C. com. allem.).

Si l'acquisition du connaissance est ainsi envisagée comme l'obtention du pouvoir de fait, le capitaine détiendra au nom d'un possesseur qu'il ignore et qui changera à chaque signature.

Goldschmidt veut que le vrai détenteur soit le déchargeur et qu'il

La seule volonté du détenteur ne peut se substituer à celle de son maître. Si donc, suivant le paragraphe 854-2^o, il a passé l'exercice de la détention à un autre, le possesseur aura droit aux actions possessoires pour se défendre contre cet acte illicite.

Le possesseur médiat perd la possession par le fait de l'immédiat et en même temps que lui ; c'est un des graves dangers de la possession médiate (1).

Pour qu'il en soit ainsi, il faut que le possesseur immédiat ne soit pas simplement troublé dans l'exercice de sa possession, mais que le pouvoir de fait qu'il exerce en même temps pour le médiat ne puisse s'exercer.

Si l'on regarde de près les moyens de perdre la possession on s'aperçoit, qu'ils sont symétriques à ceux d'acquiescer. Mais il ne faut pas dire qu'à toute acquisition correspond une perte de possession. La possession peut être entre les mains de beaucoup de sujets de droit, sans s'altérer avec la croissance de leur nombre. La possession pourra même rester ce qu'elle était, médiate ou immédiate, ou simplement passer de l'une à l'autre de ces deux genres. C'est ce qui aura lieu dans le constitut possessoire.

puisse empêcher le récepteur de prendre possession de la marchandise. Le droit du porteur du connaissement serait une créance contre le déchargeur (unaniment repoussé).

(1) Le nu possesseur sera privé de la possession si l'usufruitier se voit privé du pouvoir de fait.

POSSESSION VICIEUSE

On appelle vice « certaine manière d'être de la possession qui, sans détruire son existence, la rend juridiquement inutile » (1).

Lorsqu'elle est vicieuse, la possession n'en subsiste pas moins et produit tous ses effets. Mais celui qui pourra opposer le vice aura le droit de la considérer comme inexistante vis-à-vis de lui-même.

Théorie française. — Le Code de 1804 connaît trois vices de la possession, la précarité, la clandestinité, la violence (2). Au lieu de les indiquer numérativement et de signaler quelles en sont les conséquences, le législateur s'est contenté d'exprimer les qualités qui rendent la possession valable *erga omnes*. Il ne faut point s'en étonner et c'est là une preuve de logique. La possession, pour lui, est une situation privilégiée anormale, protégée exceptionnellement. Le détenteur pour devenir possesseur doit répondre à certaines exigences (3).

Au contraire, dans la théorie moderne qui tend à s'imposer à la jurisprudence française et qui s'épanouit outre-Rhin,

(1) Planiol, t. I, p. 334.

(2) La possession requise pour prescrire doit avoir été continue et non interrompue. — V. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescript.*, p. 191 et Planiol, t. I, p. 333 et suiv.

(3) V. *suprà*, p. 19 et suiv.

la possession est une situation normale et les vices feront une classe de possesseurs de rang inférieur, conservant toutes les actions possessoires, sauf quand et dans les limites où la loi les leur refusera (1).

Précarité.— Le détenteur ne peut se prétendre possesseur qu'es'ila l'*animus domini*. Cet *animus domini* est un élément substantiel (2) de la possession. Les possesseurs précaires sont, d'après le Code civil, ceux qui, détenant une chose, soit en vertu d'une convention, soit autrement, la possèdent pour le compte d'autrui et par conséquent ne sont que des détenteurs dépourvus de toute possession. Les simples détenteurs sont légalement réputés n'avoir point l'*animus domini* (3) et cette présomption existe toujours. Il n'est point en leur pouvoir d'intervertir leur titre (4).

Le législateur a confondu la détention pour autrui et le *precarium* romain, institution toute différente. Cette confusion était l'œuvre de Bourjon et de l'ordonnance de 1667 (tit. XVIII, art. 1) (5).

Le précariste romain recevait une chose avec autorisation d'en user, mais sous l'obligation de la restituer à première

(1) La théorie moderne admet le principe tout à fait inverse de celui du droit français. La possession, droit commun, n'exige d'autre preuve que celle du *thatsächliche Gewalt*. Les vices seront en général les conséquences d'actes affectant le *thatsächliche Gewalt*.

(2) Baudry-Lacantinerie et Tissier, p. 210.

(3) Aubry et Rau, t. II, p. 125.

(4) Code civil français, articles 2231 et 2240.

(5) Pothier seul a fait la distinction entre précaire et détention pour autrui (*Posses.*, § 15 et suiv.). — Voir aussi arrêt de cassation, S. chron., VII, p. 99.

réquisition de qui il la tenait. Il avait la chose *animo domini* à terme ou sous condition incertaine ; l'objet lui restait souvent perpétuellement, mais toujours le maître éminent pouvait le lui réclamer immédiatement. Le droit romain reconnaissait au précariste une possession protégée, sauf vis-à-vis de celui-ci. En somme, le vice de précarité était relatif et perpétuel.

Cependant le *precarium* a dans le droit actuel un domaine très important (1). Les concessions que les gouvernements européens donnent à leurs nationaux dans les colonies lointaines pour un prix dérisoire ne sont ni plus ni moins données à titre précaire que les biens de Grèce et d'Asie partagés entre les colons militaires. Dans les arrêtés qui les accordent, l'administration se réserve le droit de les révoquer (2). Vis-à-vis d'elles, le colon est un détenteur, alors que, vis-à-vis des tiers, il a tous les droits du possesseur (3).

(1) Toutes les concessions sur le domaine public sont de cette nature. L'administration peut conférer sur le domaine public des permissions d'occuper. Il n'y a là qu'une pure tolérance, révocable *ad nutum*. Le concessionnaire a le droit de faire respecter cette tolérance par les tiers. — V. Berthélemy, *Droit administratif*, p. 399-415. Voir aussi Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1896, II, p. 653 et *Pandectes françaises, Répertoire*, t. XIX, *Concession administrative*, sect. II 1^o, n^{os} 162 et 163.

(2) Pour l'Algérie, voir décrets des 30 septembre 1878 et 25 juillet 1860.

(3) La jurisprudence est fixée dans ce sens. Entre autres : Cass., 5 novembre 1867 (S. 67.1.41). Cet arrêt accorde les actions possessoires à une Compagnie de chemin de fer pour protéger contre les tiers le droit que l'Etat lui a concédé d'établir des voies sur le domaine public. Si la Compagnie a besoin des actions pétitoires, elle s'adressera à l'Etat qu'elle appellera en garantie. — Voir cependant : Cass., 29 novembre 1899, D. P. 1900.1.253.

Dans le sens romain de possession précaire, il faut aussi comprendre les actes de simple tolérance ou de pure faculté dont il est question à l'article 2232 du Code civil. La possession exigeant l'*animus domini* implique donc prétention à une situation indépendante. Or celui qui a sollicité la faculté ne peut agir comme un propriétaire, comme un maître, vis-à-vis de celui qui l'a accordée. Ce dernier n'aura aucune action pour faire cesser un trouble possessoire qui n'existe pas. Du fait même de la faculté, la situation du possesseur est sauvegardée (1).

La distinction entre la faculté et la tolérance est assez délicate. Les actes de simple tolérance sont « ceux qu'un bon voisin tolère, bien qu'ils portent atteinte à son droit de propriété, parce que cette atteinte ne paraît pas assez grave pour constituer une usurpation proprement dite » (2), intérêt pour celui qui les accomplit, pas de dommage pour qui les subit.

La pure faculté est plus difficile à définir. Dunod en donne un exemple, la permission tacite du voisin de faire tourner les charrues sur son fonds. Il y a simple faculté quand un possesseur permet implicitement à un tiers d'agir, tout en réservant son droit ou que l'usage le présume.

Dans toutes ces hypothèses, il y a une possession *erga*

(1) Discours de Bigot-Préameneu ; Loaré, XVI, p. 566. — Par la faculté, le possesseur qui l'a accordée n'a nullement songé à se dépouiller. Les actes de simple tolérance et de pure faculté ne sont considérés guère que dans la possession des servitudes qui n'est point du domaine possessoire objectif.

(2) Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, p. 215.

omnes acquise par le concessionnaire, sauf à l'encontre de qui il tient sa situation. Le vice de précarité est perpétuel et relatif.

Au contraire, le Code civil entend par possesseurs précaires tous ceux qui possèdent pour autrui, c'est-à-dire qui représentent le possesseur dans l'exercice du *corpus*. C'est là justement la définition du détenteur, tel que le veut le législateur.

Il a jugé mauvais de protéger cette situation par elle-même et le détenteur ne peut avoir droit aux actions que comme représentant le possesseur et en son nom (1). La précarité n'est pas un vice ; elle est exclusive de toute possession *animo domini* et par là de toute possession française.

Clandestinité. — « Fouillement de terre, grattement... et autres œuvres, faites clandestinement par l'un de mes voisins au desceu de l'autre, n'attribuent par quelque laps de temps que ce soit droit de possession à celui qui aurait fait ladite entreprise. »

L'article 253 de la Coutume d'Orléans, s'il pose le principe de la publicité de la possession, n'en donne point la sanction. La clandestinité est-elle exclusive de possession ou constitue-t-elle simplement un vice relatif et temporaire, les juristes français se disputent là-dessus.

Pour la majorité, la clandestinité est un vice essentielle-

(1) Savigny admettant au bénéfice des actions possessoires le détenteur intéressé, la précarité n'en devient pas pour cela un vice de possession.

ment relatif, invocable uniquement par celui à l'égard duquel la possession a été clandestine.

Dans le Code de 1804 la possession se ressent de l'esprit individualiste de l'époque. Chaque homme se place à son propre point de vue et ne s'occupe point de celui du voisin. La possession, *animus* et *corpus*, existe pour lui par cela même qu'il connaît la réunion des deux éléments. Si un autre individu l'ignore, cela ne regarde que lui (1).

Le possesseur, en faisant connaître sa possession, fait cesser immédiatement le vice.

Laurent (2), au contraire, fait de la clandestinité un vice absolu. Il y a là une institution d'ordre public. La possession clandestine n'est pas l'exercice de la propriété, elle n'est même pas une possession, puisque celui qui l'exerce n'a point agi comme un vrai propriétaire. L'acte d'appréhension n'a pas les caractères nécessaires pour la faire acquérir. Colmet de Santerre admet la même doctrine et fait remarquer que le Code emploie le mot « public » c'est-à-dire connue du public, de tous les individus ; si donc une personne l'ignore parce que clandestine, la possession est viciée à l'égard de tous.

(1) V. en ce sens : Pothier, *De la possession*, n° 92 ; Cass., 26 juin 1822, S. 22. 1.362 ; Aubry et Rau, t. II, p. 130-131. — « Une possession, publique à son origine, ne devient pas clandestine par cela seul qu'elle n'a pas continué à s'exercer publiquement, lorsque d'ailleurs la nature particulière de la chose possédée ne comportait pas une jouissance publique » : Aubry et Rau, p. 130. Pour qu'il n'en soit pas ainsi, il faudrait un dol ou une faute lourde de la part du possesseur : V. Bourcart, *Des actions possessoires*, Thèse Paris, 1880, § 94, p. 217.

(2) Laurent, *Principes du droit français*, n° 289, t. 1.

Ces auteurs sont, inconsciemment peut-être, influencés par les idées nouvelles. M. Colmet de Santerre (1) fait intervenir l'élément social. Déjà l'appréhension ne deviendra un *corpus possessionis* qu'à la condition d'être publique, c'est-à-dire valable aux yeux des tiers.

Or si l'orientation générale du droit est actuellement de ce côté, le législateur de 1804 n'a pas moins ignoré totalement l'intervention de la conscience sociale. Colmet de Santerre est moins loin de Cosack que de Pothier et de Bigot-Préameneu ; il innove, il ne commente pas.

La possession, comme du reste la propriété, est affaire entre particuliers et la société n'y intervient point.

Il n'est pas nécessaire pour la publicité de la possession qu'elle ait été connue en fait de celui qui la nie ; ce serait trop méconnaître la situation privilégiée de celui qui l'exerce. Il suffit qu'il ait été mis à même de la connaître par des signes extérieurs qui en révèlent l'existence. Il est présumé savoir, s'il n'a ignoré que par une faute grave qu'un administrateur ne doit pas commettre. La jurisprudence admet à bon droit cette opinion (2). La publicité est suffisante quand la possession a été exercée « au vu et su de ceux qui l'ont voulu voir et savoir » (3). Il y a donc clandestinité lorsque le possesseur a appréhendé la chose, « furtivement et par des actes obscurs que l'on croit ne devoir pas venir à la

(1) Colmet de Santerre, *Cours analytique de droit civil*, t. VIII, n° 339 bis, 1881-1895.

(2) Cass., 10 juillet 1821, D.P. Rép., V° *Servitudes*, n° 886.

(3) *Coutume de Melun*, article 170.

connaissance des parties intéressées, parce qu'il est difficile qu'elles le sachent » (1).

Dans chaque espèce, le juge se demandera si les actes d'appréhension ont été connus des parties intéressées (2).

Violence.— La possession doit être exempte de violence. Les auteurs ne s'entendent pas sur ce que signifie cette exigence contenue dans l'article 2229.

Le droit romain ne s'occupait de la violence qu'au moment de l'entrée en possession. Le possesseur, ainsi dépouillé, avait le droit de repousser par la force l'agression dont il était victime.

L'article 2233, reprenant l'article 2229, ne fait que l'expliquer. Un individu s'empare de la possession « au moyen de voies de fait, accompagnées de violence matérielle ou morale » (3) ; la possession sera viciée.

Pour les contrats, les articles 1111 et 1112 définissent la

(1) Dunod, rapporté dans Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescrip.*, p. 204.

(2) Les arrêts qui font allusion à la clandestinité sont assez anciens et se rapportent à la possession de servitudes. — Voir là-dessus deux arrêts de Paris, 28 février 1821 et 30 novembre 1823, rapportés dans Baudry-Lacantinerie et Tissier, p. 206.

La clandestinité pour les meubles est assez fréquente. Pour les immeubles, elle est excessivement rare ; sauf pour les servitudes, la jurisprudence est muette. Théoriquement, on peut trouver d'assez nombreux exemples. Un propriétaire établit un souterrain sous un fonds voisin. Rien n'a pu le révéler, pas de travaux visibles, pas de soupirail. Sa possession est clandestine et le premier souterrain est démoli par le propriétaire du fonds. Le premier constructeur a une possession inopposable.

(3) Aubry et Rau, II, p. 180. — La violence peut consister en de simples menaces : Cass, 4 décembre 1833, S. 34.1.335.

violence ; ils ne seront ici que des guides et hors de leur domaine, l'interprète pourra la rechercher. Il faut en tous cas qu'elle eût été de nature à empêcher le dépossédé de reprendre la possession, sans quoi toute dépossession serait violente.

Le Code civil décide que dès l'instant où cessera la violence, la possession redeviendra exempte de tout vice (1). Il y a là une interprétation fort exacte des principes. La possession, état de fait, se renouvelle à chaque instant et dès que la faute s'évanouit, le législateur doit lui laisser reprendre ses qualités habituelles.

Au point de vue de l'équité, cette solution paraît choquante. Le Code en arrive à « légitimer la force même, en ce sens du moins que les hommes ne reculeront pas devant la violence, puisqu'ils peuvent espérer que, la violence cessant, ils verront leur entreprise illicite consacrée par la loi » (2).

Troplong (3) interprète différemment l'article 2233 et l'article 2229. La possession paisible serait celle que le possesseur n'a pas dû défendre par la violence contre quelque attaque de l'extérieur. Supprimant le droit de légitime défense qui domine toute législation, il veut la possession non seulement acquise sans violence, mais non troublée par les tiers pendant son existence. Cette solution semble erronée. Juridiquement on ne peut rendre le possesseur responsable des actes de dépossession injuste qu'il subit et qu'il est ré-

(1) Locré, XVI, p. 566.

(2) Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescrip.*, p. 201.

(3) Troplong, *Prescrip.*, t. II, p. 350.

duit à repousser par la force. Historiquement, le législateur ne fait que suivre la jurisprudence antérieure qui adoptait une opinion différente à celle de Troplong, et de tous les auteurs anciens, seul Pothier peut être invoqué à son profit.

L'article 2233 « montre clairement que le vice de violence suppose des faits émanés du possesseur et non de celui contre qui l'on prescrit ou d'un tiers. Quand on parle d'actes violents dont le possesseur voudrait faire le fondement de sa possession, on suppose évidemment qu'il a agi sur le fonds par violence » (1).

La majorité des auteurs admet une troisième théorie qui paraît séduisante. On a été frappé de ce que les articles 2229 et 2233 ne faisaient que formuler la même règle à si peu de distance. L'article 2229 serait exclusivement relatif à la prescription; il déciderait que la possession doit être paisible, c'est-à-dire ne point avoir été troublée, durant tout le temps nécessaire pour prescrire; l'article 2233 définirait au contraire la possession paisiblement acquise (2).

Dans cette opinion, la possession paisible est donc définie comme dans la théorie d'Aubry et Rau. Seulement pour prescrire, il ne suffirait pas d'être possesseur, il faudrait encore ne point avoir été troublé (3) durant le temps nécessaire.

Le vice résultant de la violence est essentiellement rela-

(1) Colmet de Santerre, t. VIII, n° 336.

(2) Baudry-Lacantinerie et Tissier, p. 202.

(3) L'étude de cette théorie relève de la prescription.

tif, opposable par ceux qui en ont été victimes et non par d'autres (1).

Colmet de Santerre et Laurent (2) admettent une solution différente là comme pour la clandestinité. Faire de la violence un vice *erga omnes*, c'est donner à l'ordre public un intérêt qu'il n'a pas. La spoliation violente ne saurait être invoquée contre personne ; la possession manquerait d'un élément essentiel. Cette opinion s'harmonise avec celle émise sur la clandestinité. Faire appel à l'intérêt général, c'est sans doute faire encore intervenir la société dans des domaines où elle n'est point admise, et c'est surtout lui permettre d'exiger d'un vice relatif un effet absolu. Mais, il faut l'avouer, le droit des tiers ne sera pas sauvegardé dans la conception de Laurent. Ils ont tout intérêt à supposer vraie et valable une possession apparente. De plus, la violence sera en général assez peu connue ou tout au moins assez mal connue pour que tous ne la puissent apprécier et de là s'en prévaloir.

Équivoque. — La possession ne doit pas non plus être équivoque. Ce n'est point une exigence spéciale ; il n'y a là qu'une question de preuve, la possession est équivoque lorsque ses éléments ou ses qualités ne sont pas prouvés ou sont d'un caractère douteux ; il n'y a pas de possession vicieuse (3), on ne sait pas s'il y a possession. Le législateur

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*

(2) Colmet de Santerre, t. VIII, n° 339 ; Laurent, XXXII, n° 285.

(3) Voir en sens opposé : Planiol, t. I, p. 337. — Dans notre sens : Bourcart, thèse, 1880, p. 218 et l'article 816 du Code civil. Un arrêt

a voulu que « les diverses qualités de la possession ressortent d'une manière claire, certaine, NON ÉQUIVOQUE, des faits allégués par le possesseur » (1)

Pour les qualités dont la preuve incombe au possesseur, il en devra établir l'existence certaine et pour celles qui lui sont présumées il suffira à l'adversaire de prouver qu'elles sont manifestement douteuses.

Cette théorie qui paraît la seule vraie suivant les termes mêmes du Code est combattue par Laurent (2). Pour lui, il s'agit d'un vice véritable. Si le Code avait simplement adopté la première solution, il eût pu se taire, car les conditions qu'il exige doivent être prouvées d'une façon certaine, suivant les règles de la preuve et les principes généraux. Au contraire son silence ne s'expliquerait plus, s'il a voulu que les faits d'appréhension et l'intention de posséder pour soi soient certains (3). Cette seconde solution, manifestement contraire à l'esprit du Code qui présume l'*animus domini* et

de la Chambre des requêtes décide que le communiste n'a l'action possessoire contre son communiste que si celui-ci commet un acte ayant pour but ou conséquence directe une appropriation exclusive de choses ou tout au moins une restriction injuste du droit des autres copossesseurs (S. 79.1.469).

(1) Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescrip.*, p. 223.

(2) Laurent, XXXII, n° 290 ; Bufnoir, *Propriété et contrats*, p. 263 et suiv.

(3) Les conséquences seraient très intéressantes : 1° le demandeur à l'action possessoire pourra, sans faire la preuve de telle ou telle détention exclusive de possession, démontrer l'incertitude de l'*animus domini* du défendeur ; 2° l'absence de signification des actes d'appréhension sera suffisante pour refuser le *corpus*. On arrive à dénier au possesseur la présomption d'*animus domini* ou tout au moins à l'amoindrir singulièrement.

qui écarte du *corpus* toute appréciation sociale, montre combien Laurent s'inquiétait de l'individualisme outré de notre droit et tendait vers une interprétation plus objective de ses textes.

Code civil allemand. — Le Code de 1896 a simplifié la question des vices.

La précarité dans le sens de 1804 a perdu la plupart de ses applications. Elle ne réside plus que dans de très rares cas exceptionnels. La conscience sociale admet au rang de possesseur les possesseurs immédiats et médiats, mais refuse tout pouvoir indépendant au détenteur subordonné et alors le maître de possession l'a seul. Sans doute, à un certain point de vue, le Code allemand accorde même au détenteur le droit de reprise personnelle ; mais il n'y a là qu'une protection indirecte du possesseur ; par sa nature même elle doit être effectuée dans un très bref délai et en dénier l'exercice à l'instrument de possession serait en priver le possesseur.

Le pouvoir de fait doit être dépourvu d'équivoque aux yeux des tiers et la clandestinité est impossible (1).

En fait, la loi néglige d'y faire allusion et avec raison. Tous les auteurs sont d'accord sur ce qu'elle aurait dû dire et s'il y avait eu un texte, que d'interprétations diverses il aurait pu soulever !

Voie de fait illicite. — Le seul vice reconnu par la loi

(1) Les tiers ne peuvent juger de l'étendue et de l'indépendance d'un pouvoir que s'il n'est ni équivoque, ni clandestin.

est la violence. L'article 858 décide que « celui qui, sans l'agrément du possesseur, le dépossède ou le trouble dans sa possession agit illégalement, à moins que cette dépossession ou ce trouble ne soient autorisés par la loi ».

La voie de fait illicite est donc « tout acte par lequel le possesseur se voit entravé sans sa volonté dans l'exercice du pouvoir de fait » (1). La possession qu'un individu acquiert par cette voie de fait est viciieuse et elle continue à être viciieuse. La voie de fait illicite est un acte instantané qui donne à la possession un vice perpétuel. Le possesseur est protégé par cela seul qu'il possède et il n'est point nécessaire que sa possession fût paisible.

La voie de fait illicite sera donc aussi bien prohibée contre le détenteur subordonné que contre le possesseur lui-même. Ce n'est pas seulement une défense de la possession, mais surtout un moyen d'empêcher le trouble dans la société elle-même. A l'époque troublée où Sylla lâchait sur l'Italie ses rapaces partisans, le préteur dut créer les interdits *unde vi* et *unde vi armatis* pour punir ceux qui s'étaient mis en possession par la force (2) et avaient chassé les vrais possesseurs (3). Une civilisation avancée comme celle de l'Allemagne ne pouvait admettre qu'il eût pu suffire de s'emparer violemment d'une chose pour avoir dessus des droits même envers la victime.

Si un individu se croit qualifié pour revendiquer la pos-

(1) Code allemand, *Lég. étr.*, II, p. 445.

(2) La détention troublée, la possession le sera également.

(3) Girard, p. 277.

session, il n'a qu'à s'adresser à la justice qui décidera. Il est intolérable qu'un individu pût se faire justice à lui-même.

Aussi à chaque fois qu'une voie de fait sera exercée sans droit, soit contre un possesseur, soit contre un détenteur subordonné, elle sera illicite et le possesseur troublé pourra se défendre par tous les moyens que la loi met à sa disposition (1). Celui qui, suivant l'article 2025 du Code allemand, a reçu mandat d'exécuter le testament peut agir comme tout héritier.

La voie de fait suppose un acte matériel sur la chose. Il ne s'agit point ici de violence morale, cause déterminante de l'abandon de possession. La possession est un fait d'où tout élément intentionnel est banni.

Il faut un acte de trouble ou de dépossession, un arrachement de la possession d'entre les mains de celui qui l'exerçait. Le trouble de la dépossession doit résulter directement d'un acte matériel d'autrui. Il n'y a point voie de fait illicite si le possesseur perd sa chose et qu'aussitôt après un autre, la trouvant, en appréhende la possession. De même un mur croule sous une inondation sur le fonds voisin, les pierres tombent de l'autre côté des limites. Sans doute la perte de l'un sera la cause de l'appropriation de l'autre, mais il n'y aura point eu dans le fait de ce dernier un élément déterminant de la dépossession.

L'acte ne doit pas consister en une simple menace qui

(1) Planck, sur l'article 858.

écarterait le possesseur de sa chose ou l'y troublerait (1). La puissance de fait ne peut être contrariée par une menace qui influence uniquement le moral du possesseur. Celui-ci lâchera peut-être sous son action la chose ; mais s'il eût été plus courageux, il n'y eût pris garde. Les Romains voyaient du reste autrement la situation. Celui qui avait abandonné la possession l'avait fait volontairement ; entre deux maux il avait choisi le moindre (2).

A plus forte raison, une contestation de possession ne constitue pas une voie de fait. Contre elle pas d'action possessoire, mais le possesseur peut traduire son adversaire en justice.

La voie de fait, telle que la définit l'article 858 du Code de 1896, est un acte matériel (3), portant directement sur la chose et empêchant l'exercice de la possession antérieure. Pour l'écarter, il faut faire appel à la force et le législateur autorise son usage dans ce cas.

Il n'est tenu aucun compte de la bonne foi ou du degré de faute incombant au possesseur. La voie de fait ne suppose ni l'une, ni l'autre ; elle est un résultat et des facteurs qui l'ont composée, le juge n'a point à s'occuper. Un propriétaire reprend une chose qu'il avait donnée en possession à un fermier, sans savoir même qu'il viole la possession immédiate de celui-ci ; l'expéditeur d'une lettre la retire

(1) En ce sens : Dernburg, *Bürgerliches Recht*, III, § 259. — *Contrà* : Cosack, p. 80. — Cette voie de fait peut être exercée par le possesseur médiat contre le possesseur immédiat.

(2) Girard, p. 416 et 458.

(3) Strohal, p. 116.

alors qu'il l'a déjà jetée dans la boîte aux lettres du destinataire. Ils violent tous deux la possession d'autrui et commettent une voie de fait objectivement illicite (1), de même que celui qui arrache des mains de quelque femme un réticule gonflé de bijoux.

Il est même indifférent que l'auteur sache qu'il a exercé une violence ou qu'il soit capable de le savoir. Un fou commet une voie de fait comme un sage. Un individu voit un homme sortir de l'auberge avec un parapluie qui ressemble au sien qui vient de disparaître. Il s'en empare, croyant prendre le sien. Il commet une voie de fait illicite, s'il est prouvé que le sien a été volé par un autre et que celui qu'il croyait le sien ne l'était point (2).

La volonté violée est celle du maître de possession et non du *Besitzdiener* qui n'est qu'un instrument sans volonté (3).

Dans les cas fréquents où la possession comporte plusieurs classes, la voie ne sera illicite que si elle a lieu sans l'agrément de ceux dont la situation sera touchée par elle. Un tiers vient mettre la main sur un fonds, empêchant l'exercice de la possession immédiate, sans méconnaître la possession médiate. Il n'y aura pas voie de fait contre cette dernière.

Au contraire, la voie de fait ne pourra jamais s'exercer contre la possession médiate seule (4). Elle suppose un fait

(1) Endemann, p. 170.

(2) Cosack, p. 80.

(3) Planck, sur l'article 858.

(4) Dans la théorie de Wendt, cette différence constitue un argument contre la nature possessoire de la possession médiate. En réalité, — 9

matériel positif qui n'est possible que contre un pouvoir de fait.

La possession médiate, quoique possession, n'a pas ce pouvoir. Elle est représentée dans l'exercice du thatsächliche Gewalt par la possession immédiate qui lui correspond. C'est donc contre cette dernière que se produira la voie de fait.

L'agrément du possesseur immédiat sera toujours nécessaire, parce qu'il est toujours intéressé ; il sera suffisant même dans la plupart des cas pour donner un caractère licite à l'acte de dépossession.

En effet, dès l'instant où le possesseur immédiat a consenti frauduleusement à sa dépossession, il a abusé de la confiance du possesseur médiate (1). Il a secoué sa puissance qui le dominait. Il ne possédera plus pour lui.

Gierke, emporté par l'assimilation entre les deux possessions, n'est pas de cet avis. La voie de fait peut s'exercer contre la possession médiate aussi bien que contre la possession immédiate. Elle devient, dans ce système, tout acte matériel ou juridique qui empiète sur la possession d'autrui. Il peut y avoir voie de fait illicite de la part du débiteur gagiste contre la possession du créancier dans le cas où il reprendrait le gage des mains de l'autre sans son agrément, de la part du possesseur immédiat contre la possession médiate.

lité la seule voie de fait, étant un acte matériel, s'oppose par son essence même à s'exécuter contre la possession médiate.

(1) Voir la discussion de l'article 1007. La fraude consistera à avoir consenti, alors qu'il y avait un possesseur médiate.

Cette théorie n'est pas admise par la majorité des auteurs, et avec raison. Gierke ne tient pas compte de cette nature propre de la voie de fait d'être un acte matériel portant sur une chose matérielle. Il en arrive ainsi à faire entrer toute prétention juridique dans la notion de la voie de fait. Un locataire fait des coupes de bois que la loi regarde comme des actes de disposition, permis au seul bailleur. Gierke y voit une voie de fait illicite, tandis qu'il y a simplement contestation sur l'étendue du droit conféré par le bail.

Wendt, en sens inverse, décide que le possesseur médiat ne peut jamais invoquer la voie de fait. Réduit au bénéfice de l'article 869, il n'est possesseur que par faveur exceptionnelle de la loi. La loi, muette ici, écarte de lui toute la protection qu'elle accorde contre la possession vicieuse.

Entre Wendt et Gierke, se trouve la vérité. La possession médiante est une vraie possession, jouissant de tous les droits et de tous les vices de la possession immédiate. Mais elle ne peut subsister sur la chose que par le consentement du possesseur immédiat qui exerce la puissance nécessaire à toute possession, comme représentant le possesseur médiat. S'il agit contrairement à cet accord, il manque à l'obligation contractée, envers le possesseur médiat, de le représenter ; mais il n'en détruit pas moins sa possession, sans qu'il y ait voie de fait. Il n'y a pas l'acte nécessaire, mais une simple interversion dans la *causa possessionis*.

Au contraire que le possesseur immédiat n'agréé point, le possesseur médiat ne perd pas sa situation et si l'autre oublie d'agir ou est absent, il pourra très bien le remplacer

dans la poursuite. Il aura le droit d'opposer à l'usurpateur les vices de sa possession (1).

Le détenteur est considéré comme un tiers vis-à-vis du possesseur. Il sera exposé à se voir opposer les mêmes moyens qu'eux, s'il s'est emparé de la possession.

Un maître envoie son domestique avec une livrée chez un tailleur, un vagabond prend la livrée et se sauve avec elle. Il commet une voie de fait illicite contre le maître. Le domestique au contraire vend cette même livrée au fripier. L'auteur de la voie de fait sera le domestique, s'il traite en son nom, car il s'est approprié la livrée de son maître. S'il a traité au nom du maître, ce sera le fripier ; par le seul fait qu'il agit ainsi, le domestique a reconnu n'être point possesseur et le fripier, ne lui ayant point demandé son mandat, n'a pas traité avec le possesseur, mais il s'est emparé d'une possession au préjudice du maître (2).

Agrément. — Pour que l'acte soit permis, il faut l'agrément du possesseur. Il ne suffira donc pas qu'il n'y ait aucune opposition de sa part ; il faut qu'il agrée. C'est là une condition positive de la part de ce possesseur, une volonté dirigée dans ce sens.

Cette volonté nécessaire doit-elle porter exclusivement sur l'acte d'appréhension ? le Code n'y fait aucune allusion. Le possesseur devrait ainsi agréer la voie de fait elle-même

(1) La voie de fait sera dirigée contre les deux possessions à la fois.

(2) Cosack, p. 82.

et pourrait, malgré tous ses engagements antérieurs, empêcher la prise de possession de l'auteur du trouble.

S'il suffit que le possesseur ait agréé la prise de possession de l'autre partie, il n'en sera plus de même. Un possesseur loue à un tiers un fonds, une maison. Pour ce, les deux parties s'engagent l'une envers l'autre, suivant les articles 536 et suivants du Code civil allemand, le bailleur à fournir au locataire l'usage de la chose, le locataire à payer le loyer convenu. Le bail ne confère aucun droit réel (1) au locataire. Il n'a pas la possession non plus par cela seul qu'il y a eu contrat. Cependant si le contrat est exécuté, la prise de possession doit suivre ; c'est une des obligations nées du contrat et le bailleur, en voulant le contrat, l'a voulue aussi. Ainsi le locataire qui se sera mis en possession par une voie de fait n'aura point agi illégalement, si le bailleur déclare accepter la dépossession dans le contrat (2).

Au contraire, si le bailleur doit agréer l'acte qui a effectué la prise de possession, il lui suffira de s'opposer, en dépit du bail, à l'entrée du locataire dans la maison louée. Il aura bien agréé la prise de possession qui est le but du contrat pour le locataire, mais l'acte qui la réalisera, il l'empêchera

(1) V. Protokolle, II, p. 139 ; Planck, sur l'article 571. — V. aussi Crome, *die Juristische Natur der Miete*, *Jherings Jahrbücher*, t. XXXVII, p. 1-76.

(2) Il ne suffirait pas d'un simple bail, mais il est nécessaire que le bailleur constitue la possession du locataire dans le contrat. Il y a là une tradition de possession et le locataire n'aurait nullement les actions possessoires si le bailleur refusait de le laisser entrer en possession.

par tous les moyens qu'il pourra avoir contre une voie de fait illicite, et même par la force.

Dans cette opinion, le locataire aura les actions personnelles nées du contrat contre le bailleur et s'il est insolvable, son recours sera illusoire.

Le but du législateur a été d'empêcher les troubles possessoires continuels de ceux qui agissent sans aucun droit. Dès l'instant où le transfert de possession est licite, valable, il importe peu que l'acte qui l'a réalisé soit agréé des deux parties. L'auteur de la voie de fait n'a fait que réaliser pour sa part le contrat et s'il y a trouble social, ce sera plutôt de la faute du possesseur antérieur qui a nié la loi qu'il avait acceptée (1).

Il n'en sera plus ainsi quand le bailleur contestera la validité du bail. En refusant de regarder comme bon le contrat dont le transfert de possession est un effet, il n'agréé pas le transfert lui-même et dans notre opinion, la voie de fait sera illicite, aussi bien que dans l'autre.

Analogie avec le vol. — La voie de fait illicite se distingue de tout acte de dépossession par son caractère nettement frauduleux, un peu comme le vol du simple détournement.

Le vol exige une violation de la volonté du volé. Il n'y a pas vol, quand la chose a été remise volontairement par le propriétaire à celui qui l'a volée. Dans ce cas, si l'acte n'a pas été agréé, la possession en avait été bien confiée. La

(1) En ce sens, l'article 863.

jurisprudence française décide même que l'erreur du possesseur ne joue aucun rôle. Dès l'instant où la remise de la chose a été volontaire, le vol n'existe pas (1) ; il pourra y avoir un simple abus de confiance.

Le législateur allemand a dans certaines hypothèses, plus particulièrement intéressantes, autorisé la voie de fait.

Possession vicieuse enlevée par voie de fait. — Il s'agit d'abord du cas où la possession a été arrachée par une voie de fait illicite à un possesseur paisible. Par l'article 227, si le possesseur reprend la chose des mains de l'auteur, il recouvre la possession (2). Ainsi celui qui possède vicieusement peut, dans certains cas, se voir enlever par une voie de fait sa possession et l'ancien possesseur réintégré à l'abri de ses attaques.

Il faut que le possesseur actuel soit l'auteur de la voie de fait illicite qui l'a dépossédé ou un de ses successeurs à qui le vice peut être opposé et que l'ancien possesseur se remette en possession.

La possession actuelle doit être vicieuse ; si donc le possesseur antérieur a perdu sa possession autrement que par une voie de fait illicite, il ne peut prétendre à l'exercice de la

(1) Voir à ce sujet : arrêt de Caen, 9 juin 1898, D. P. 99.2.55. — La Chambre criminelle considère comme involontaire la remise d'une chose par un enfant n'ayant pas conscience de ses actes : Crim. rej., 31 août 1899, D. P. 02.1.331. Le Code allemand est muet sur la capacité nécessaire pour agréer. Il semble qu'il suffit de celle nécessaire pour renoncer à la possession, pour vouloir perdre la possession de fait et non pour renoncer à un droit. C'est une capacité de fait et non de droit.

(2) V. *infra*, la défense personnelle.

voie de fait et s'il agit suivant l'article 858, il commet un acte blâmable. Un individu se fait remettre des billets ou des promesses d'obligations, en employant des manœuvres frauduleuses pour persuader de l'existence d'un crédit imaginaire. Il use d'un faux nom par exemple (1). Sans doute il a commis un délit pénal, mais il n'en est pas moins possesseur et il n'a point commis de voie de fait. Si l'escroqué reprend la chose par la force, il commet une voie de fait illícite, car il a donné son agrément à la prise de possession de l'escroc et celui-ci dès lors possédait sans aucun vice.

Cette disposition est une conséquence du droit de défense personnelle qu'a admis le Code de 1896. La sanction de ce droit est de permettre le rétablissement de la possession antérieure à la voie de fait qui l'a supprimée par une voie de fait inverse du dépossédé contre l'auteur de la dépossession.

Le possesseur antérieur doit se hâter. Il doit exercer sa voie de fait dans un délai assez court. La défense personnelle qui l'autorise n'existe qu'aussitôt, après sa dépossession et elle est accordée au propriétaire, au possesseur, à celui qui, ayant une situation fixe, stable par rapport à la chose, mérite par cela même d'être protégé contre toute entreprise (2).

(1) Dans l'exemple, il y a escroquerie, d'après l'article 405 du Code pénal français : Crim. rej., 15 novembre 1896, D. P. 96.1.143. Il n'y a point possession vicieuse pour celui qui s'empare d'une chose à lui confiée en possession. Il n'en est plus de même dans le cas du détenteur subordonné qui est, par son abus de confiance, passé possesseur, car il commet un vol. — Pour le droit allemand : V. Planck, sur l'article 858.

(2) Article 859.

Nécessité. — L'article 904 prévoit le cas où le propriétaire, le possesseur d'une chose se verrait momentanément dépossédé par un tiers se défendant contre un danger important. Le Code civil français ne connaît point cette situation. Un propriétaire est maître chez lui et personne ne peut le troubler dans sa jouissance. Le législateur allemand voit ici une situation très délicate, méritant de faire fléchir les principes généraux. La voie de fait est admise et un tiers a le droit de déposséder le propriétaire, lorsqu'il ne peut se défendre autrement contre un mal bien plus considérable.

Pour déroger à l'absolu pouvoir du maître sur la chose, on conçoit qu'il faille remplir certaines conditions. Elles sont au nombre de quatre. Il est nécessaire qu'un danger soit à craindre. Il n'est nullement besoin qu'il soit causé par la chose elle-même. Peu importe qu'il soit le fait d'une personne ou d'une chose. Un individu, sur le point de se noyer, s'accroche à une barque arrimée près de là. Le propriétaire ne peut l'en empêcher.

Le danger doit menacer la vie ou le patrimoine du tiers (1). Attaqué par des brigands, A s'empare du fusil de Bou, voyant sa maison en flammes, il s'approprie l'extincteur de B. Dans toutes ces hypothèses, il n'a pas à être excusé d'avoir agi, puisqu'au contraire il n'a point dépassé les limites de son droit. Il n'a point commis de voie de fait illicite (2).

(1) Code civil allemand, *Lég. étr.*, II, p. 511.

(2) La voie de fait n'est illicite que si elle n'est pas permise par la loi.

Ce danger doit être présent (1) ; s'il est futur, l'article 904 ne s'applique pas. Il sera très difficile, pratiquement, de discerner si un danger est présent ou futur. Donner un critérium serait illusoire et les circonstances de la cause inspireront la solution en chaque cas.

L'usage de la chose doit être indispensable pour écarter le danger. Ici encore, ce sera une question de fait. Dans les exemples cités précédemment, le juge aura à décider si vraiment A ne pouvait se défendre qu'avec un fusil ou éteindre le feu avec le seul extincteur de B. Au surplus, le sens d'indispensable n'est pas absolu. Il faudra faire appel aux conditions ambiantes et concomitantes à l'appréhension. Sans quoi l'article 904 serait sans application ; car plus haut si A savait nager il n'aurait pas besoin de se saisir du canot de B.

Ce danger doit être incomparablement plus grand que le dommage résultant pour le propriétaire de l'appropriation. L'évaluation sera facile en général dans le domaine des choses ; le reste du temps, le juge appréciera suivant sa conscience.

S'il n'avait pas été urgent d'agir ainsi, le tiers serait sans excuse et le législateur n'aurait pu consacrer le droit au trouble.

L'article 904 s'applique à l'égard du possesseur et de tous

(1) ART. 904. — « Le propriétaire ne peut pas interdire à autrui l'usage de sa chose, si cela est indispensable pour écarter un danger présent incomparablement plus grand que le dommage qui doit en résulter pour lui-même. Il peut se faire indemniser du dommage causé. »

ceux qui ont vis-à-vis de la chose une situation de maîtrise juridique ou simplement de fait (1).

Cependant de cette emprise de la possession que le législateur permet, il peut résulter grave dommage pour le propriétaire ou le possesseur. Aussi peut-il obtenir de l'auteur de la voie de fait l'indemnisation de tout ce qu'il a souffert. Il exerce ici une action personnelle contre celui qui a causé le dommage (2).

La loi, en admettant la légalité de la voie de fait, écartait l'application de l'article 823 (3), puisqu'il manque le fait contraire au droit, et de l'article 826 qui exige un fait déloyal.

Les juristes allemands auraient refusé la réparation du préjudice causé. Il aurait fallu, pour le possesseur lésé, fournir la preuve de la faute de l'auteur du trouble, ce qui serait souvent impossible. Au contraire, l'article 904 admet l'indemnisation en tous les cas, et il refuse à l'usurpateur tout moyen d'y échapper. En vain prouvera-t-il qu'il n'y a pas eu faute. Le législateur a justement pensé que celui qui

(1) Voir Code civil allemand, *Lég. étrangère*, sous § 904.

(2) L'action donnée par l'article 904 *in fine* est une action tout à fait personnelle, et de même nature que les actions délictuelles ; on pourrait trouver une espèce d'enrichissement sans cause chez l'auteur du trouble. Il a échappé, et sans bourse délier, à un danger dirigé, soit contre sa personne, soit contre ses biens. Celui qui a payé n'est autre que le possesseur. Il est juste qu'il soit indemnisé. — Voir Protokolle, 8515, 8517, 8526, III, p. 231, 232, 235.

(3) ART. 823. — « Celui qui, par un fait contraire au droit, porte atteinte avec intention ou négligence, à la vie, au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à tout autre droit d'un autre, est obligé envers cet autre à la réparation du dommage qui en est résulté.

« La même obligation incombe à celui qui contrevient à une loi ayant pour but la protection d'un autre. Si, d'après le contenu de la

venait d'échapper à un danger plus grand, en troublant les biens des tiers, devait supporter les dommages qui en étaient résultés indirectement pour eux.

Alors que la théorie des faits illicites a été rendue très subjective, le juge n'aura ici qu'à voir s'il y a préjudice, sans tenir compte d'autre chose. La nécessité ne fera point loi.

Si le possesseur s'oppose à la voie de fait permise, il commet un délit civil que prévoit l'article 823 *in fine*. Il sera ainsi sans arme aucune contre le trouble.

L'article 904 a été introduit très tardivement. Le législateur hésita longtemps avant de permettre la dépossession forcée, même dans les cas très urgents. Le second projet contenait, dans son article 192, en cas de danger, l'autorisation d'user de la chose d'autrui, mais il avait maintenu le caractère illicite de l'acte d'appréhension (1) qui la réalisait. Le possesseur avait donc, pour repousser celui qui voulait invoquer l'article 192, le droit de défense personnelle ; le propriétaire du canot pouvait repousser par la force l'individu qui s'y cramponnait pour éviter un grand plongeon. La commission finit par supprimer les articles 476-2° et 192 pour introduire l'article 904.

Dans toutes les hypothèses où le législateur a rendu licite la voie de fait, il la suppose nécessaire ou même indispensable et c'est, du reste, à contrecœur qu'il l'admet, la sé-

loi, cette contravention à la loi est admissible même en dehors de toute faute de l'agent, le devoir de réparation n'est encouru que s'il y a faute. »

(1) Article 476-2°.

curité des situations acquises étant encore le fondement de toute société organisée.

Il ne peut en avoir autorisé la violation que dans les limites les plus étroites, dans la mesure où elle sera indispensable. Tout ce qui dépassera cette mesure sera illégal ; la possession ainsi obtenue sera viciieuse et le possesseur troublé aura les actions qui permettent de repousser les voies de fait illicites. Un individu, qui s'est approprié une bouée de sauvetage pour ne point se noyer, devra la lâcher si en même temps il s'est accroché à un canot. Dans chaque occasion, l'opinion du Code se montre clairement, entre autres dans la défense personnelle. La défense personnelle ne doit aller au delà de ce qui est nécessaire pour repousser le danger (1) et l'appropriation de la chose d'autrui ne peut dépasser les mêmes limites (2).

Caractère du vice. — La voie de fait illicite constitue un vice relatif de la possession. « Le successeur dans la possession peut se voir opposer le vice, lorsqu'il est l'héritier du possesseur ou lorsqu'il a connu le vice de la possession de son auteur, lors de son acquisition » (3).

Les termes mêmes de la loi vont jusqu'à poser l'intransmissibilité du vice et ne supposent que deux exceptions, fort naturelles, fort légitimes.

(1) Article 230.

(2) Il faudra même être plus sévère dans le cas de l'article 904 qui dans celui de l'article 230, car dans le cas de l'article 904 la victime de la voie de fait n'a pas commis de faute ; il est totalement étranger au danger qui menace l'auteur du trouble, de même que la chose appropriée.

(3) Article 858, *in fine*.

Si la possession était un droit, le vice ferait corps avec lui, en quelques mains qu'il passe. Le Code français après avoir reconnu la nature de fait de la possession, admet la transmission de la possession. Le vice se perpétue dans la possession dérivée (1). Il y a là une fiction que le droit romain n'admettait pas. Ce qui se transmet n'est point la possession. « Envisagée en elle-même et comme état de fait, elle n'est point susceptible de passer en réalité d'une personne à une autre, mais il en est autrement des droits qui y sont attachés..... Ces avantages et ces actions passent *ipso facto* aux successeurs universels ou particuliers du possesseur » (2). Les droits issus de l'état de fait possessoire sont fictivement passés sur la tête du successeur. Le vice constitue un revers de l'action et l'auteur le transmet avec elles, car il n'a pu donner que les droits qu'il a et dans l'état où ils sont.

En vérité, la théorie française se donne un démenti. L'état de fait qu'est la possession existe à chaque fois que certaines conditions sont remplies et un successeur commence une possession nouvelle, toute différente de celle de son auteur. Trop occupé de la prescription, le législateur de 1804 a étendu à la possession la solution nécessaire de toute prescription. La prescription demandant trente ans, il est urgent de joindre les possessions pour assurer la sécurité sur le marché (3).

(1) Folleville, *Revue pratique de jurisprudence*, 1870, t. XXIX, p. 169 et suiv., et 1871, t. XXXI, p. 324 et suiv.

(2) Aubry et Rau, t. II, p. 133.

(3) Voir Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, p. 267.

Le droit allemand l'a fort bien compris. Il a posé le principe, tiré de sa nature de fait, de l'intransmissibilité de la possession. A chaque fois qu'une maîtrise nouvelle se fera sentir sur la chose, une possession nouvelle prendra naissance (1).

Héritier. — Cependant il est intolérable de permettre à un héritier de succéder de plein droit dans une possession vicieuse, sans que le vice lui soit opposable.

L'article 1993 établit la responsabilité illimitée de l'héritier. Il prend exactement la place du *de cuius* et le législateur va même jusqu'à lui accorder, avant sa mainmise sur la chose, la protection possessoire à laquelle avait droit celui-ci. Mais il ne peut vraiment lui accorder plus. L'auteur avait une possession vicieuse et était sans défense contre les voies de fait de certaines personnes ; pour son héritier il en sera de même. L'article 858 *in fine* est un complément nécessaire de l'article 857. Il permet d'en fixer le sens exact. Les actions possessoires du *de cuius* passent telles quelles à son héritier.

Le premier projet, dans son article 818-2°, décidait que la détention de l'héritier, c'est-à-dire la possession saisie par lui comme tel, serait vicieuse. La deuxième commis-

(1) Il en sera ainsi dans le cas de possession médiate ou immédiate. Un individu prend à bail un immeuble. Le bailleur est un possesseur vicieux. Le locataire ignore le vice et acquiert une possession immédiate. Cette possession, quoique dérivée de celle du bailleur, ne sera pas vicieuse. De même un usufruit est constitué par voie de fait illicite, puis il est acquis par un tiers. Celui-ci sera venu en possession immédiate irréprochable.

sion (1) maintint ce sens et l'article 857 est une approbation de cette manière de voir. L'héritier, tenu *ultra vires* des dettes de la succession, se verra opposer le vice de la possession de son auteur, s'il a acquis la possession dans la succession.

Il en sera tout autrement s'il a acquis la possession par un autre moyen, par un acte entre vifs ou par une donation par exemple. Un individu remet avant sa mort sa possession viciëuse à son héritier. Celui-ci doit être considéré non point comme un héritier, mais comme un tiers intéressé.

Le mot héritier n'indique pas autre chose ici que tout individu acquérant à cause de mort, *ab intestat* ou par testament, une quote-part ou la totalité des biens composant un patrimoine. L'institution d'héritier est possible et le légataire n'est qu'un successeur à titre particulier dans le Code allemand.

Succession à titre particulier. — Le successeur à titre particulier n'est point toujours à l'abri de poursuite. Si il a connu le vice chez son auteur, il peut être recherché. Les termes mêmes de la loi montrent quelle grande différence existe entre le successeur à titre particulier et l'héritier. Ce dernier, par le fait même de son titre, en est responsable et il n'y a point moyen pour lui d'échapper. La devise « le mort saisit le vif » le domine. En vain prouvera-

(1) Planck, sur l'article 858.

t-il qu'il est de bonne foi, qu'il ignorait. C'est un danger de la succession, une dette qu'il ne peut purger.

Alors que pour les autres dettes, une procédure spéciale le débarrassera de l'obligation *ultra vires successionis*, il sera sans défense contre les actions du dépossédé.

Le successeur à titre particulier sera, en règle générale, déchargé de tout vice. Pour qu'il n'en soit pas ainsi, il faudra qu'il soit conscient de la voie de fait, au moment de l'acquisition.

Cette connaissance de la voie de fait sera prouvée par le dépossédé. Sans doute il suffira de faire une preuve : celle de la connaissance de son manque d'agrément à lui. Même réduite à ces proportions, elle sera très ardue, très difficile.

Le successeur aurait eu beau jeu, si connaissant le vice, il n'aurait pu se le voir opposer. Le recel serait devenu une institution protégée (1).

Le successeur particulier aura évidemment une possession dérivée ; mais cette possession pourra avoir été acquise par un acte juridique, testament, transfert notarié ou un simple transport matériel, alors même que, par exemple, le possesseur nouveau ne peut acquérir par contrat, quoique capable de fait.

Il n'y a point à faire de distinction entre l'acquisition à titre gratuit et à titre onéreux.

Le simple pouvoir de fait établi sur une chose déjà en possession sans l'agrément du possesseur ne crée point une possession valable ; mais au contraire toute possession

(1) Planck, sur l'article 858.

dérivée que n'infectera aucun vice, placera l'acquéreur dans la succession du possesseur antérieur.

L'élément intentionnel qu'exige ici le législateur allemand est une espèce de *concilium fraudis*, dans le genre de celui de l'action paulienne (1). Ce *concilium fraudis* consistera en ce qu'au moment de l'acquisition de possession, le possesseur a su ou n'a ignoré que par une faute inadmissible le vice. Il a traité en parfaite connaissance de cause, et en conséquence la dépossesion qui le menace a dû entrer dans ses prévisions.

S'il a été de bonne foi au moment de l'acquisition, il serait injuste de lui faire encore subir la perte de la possession, alors que la voie de fait n'est en aucune façon de sa faute. La possession étant un état de fait, le possesseur a, par sa prise de possession, éteint tous les vices. Il importe peu qu'ensuite il les ait connus ou que ses successeurs en soient avertis. Le droit commun réparait alors.

Un immeuble a été occupé grâce à une voie de fait illicite.

Le possesseur le donnera en possession, en mettant l'acquéreur au courant de la situation. Celui-ci loue l'immeuble. Le locataire est de bonne foi. Si donc le dépossédé agit, il ne le pourra contre le possesseur immédiat, mais contre les seuls possesseurs médiats. Toutes les sanctions seront possibles contre les uns, aucune contre l'autre. Cette situation qui peut se produire souvent est admise par différentes législations (2) ; elle est la seule exacte dans l'état de la législation allemande.

(1) Loi d'Empire du 21 juillet 1879. *Annuaire de législ. étrangère*, t. IX.

(2) Code civil français, article 1743.

Le dépossédé triomphe, il expulse les deux possesseurs médiats. Il reste à savoir s'il prend leur place vis-à-vis de l'immédiat. La possession médiate, d'après les termes mêmes de l'article 868, suppose un titre analogue à celui de bailleur et pour le possesseur immédiat, la reconnaissance du droit éminent du médiate. Mais ici jamais le possesseur immédiat n'a connu le dépossédé et d'autre part le possesseur médiate n'est plus rien vis-à-vis de celui-ci. Il faut cependant admettre que dans les rapports entre les possesseurs, les vices ne seront pas opposables et que si vis-à-vis du dépossédé l'auteur du trouble n'est rien, il n'en est plus de même vis-à-vis de son possesseur immédiat. Cette solution est admise par le Code allemand (1).

Le droit français, en admettant que le vice de la violence s'éteint dès qu'elle a cessé, a posé un principe plus rationnel. Le droit allemand n'a pas assez vu la nature de fait de la possession. Faire un vice perpétuel de la voie de fait, c'est en somme nier cette vérité théorique que la possession se renouvelle chaque jour.

La transmissibilité du vice possessoire en droit allemand est donc illogique. Elle est de plus dangereuse, puisqu'elle permettra de poursuivre des successeurs, héritiers ou autres, alors même que leur bonne foi sera évidente.

Sans doute le législateur n'a pas voulu fonder la possession sur la force, dans un pays où la défense corporelle est fort en honneur ; mais il eût mieux valu déclarer le vice intransmissible.

(1) Articles 571 et suiv.

PROTECTION POSSESSOIRE

FONDEMENT DE LA PROTECTION POSSESSOIRE.

La possession mérite une protection. S'il n'est personne qui doute de cette proposition, l'accord ne subsiste plus, lorsqu'il s'agit d'en trouver le fondement.

Tirant de la nature qu'ils assignent à la possession les conséquences les plus différentes, les auteurs, suivant les cas, voient dans les actions possessoires des actions réelles sanctionnant un droit ou bien des éléments de sécurité sociale protégeant une situation de fait ; pour certains même, la nature délictuelle des actions possessoires semble imposée. C'est cette théorie qu'a adoptée Savigny (1) dans son livre sur « La possession ».

Premier projet. — Lors de la publication du premier projet allemand, Bekker disait : « Le fondement de la nouvelle plainte accordée à la possession est la protection contre une voie de fait illicite » (2). L'usurpateur que la loi proscriit commet un délit et le possesseur lésé aura des actions délictuelles spéciales pour se défendre.

Dans le premier projet, le législateur a étendu la protec-

(1) Voir *suprà*, p. 9 et suiv.

(2) Bekker, *Beiträge, op. cit.*, p. 77.

tion possessoire à la plupart des détenteurs (1). Si la possession avait été un droit réel, il était certain que la détention ne l'était pas. Les actions possessoires, ne changeant point de nature d'un cas à un autre, ne pouvaient être réelles.

Personne, sans la volonté du détenteur, ne pouvait lui arracher la chose qu'il avait en mains à moins d'une permission formelle de la loi. On devait le protéger, ainsi que le vrai possesseur. Le délit commis par l'usurpateur ne portait donc pas sur le droit, mais l'intérêt violé. Le détenteur, ayant un intérêt tout à fait évident à conserver la détention, pouvait demander raison du préjudice causé. Par conséquent les seuls détenteurs appelés au bénéfice de la loi devaient avoir un intérêt évident, propre à la détention, fermiers, locataires, maris administrant les biens dotaux.

La sécurité des situations acquises y trouvait son compte ; mais elle n'était pas la raison même des actions. Les actions et les droits de défense naissaient du principe fondamental inscrit dans l'article 1382 du Code civil français. L'usurpateur a causé un dommage par sa faute, sans en avoir le droit et cela suffit à l'obliger à le réparer.

Etranger à un rapport entre le détenteur et le possesseur, l'usurpateur s'y est immiscé pour y commettre des voies de fait ; il doit être puni.

Code civil de 1804. — Le Code français a passé sous si-

(1) Saleilles, « La théorie possessoire dans le Code civil allemand », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1903, II, p. 600.

lence la protection possessoire. Il a confié à la procédure civile le soin de définir sa nature. Malheureusement celle-ci est aussi muette que lui, et les règles des articles 23 à 27 du Code de procédure civile n'éclairent nullement la question.

Jamais on n'a admis la nature personnelle des actions possessoires. Le législateur français, tout en maintenant la nature de fait de la possession, a donné aux actions possessoires une nature réelle.

Les juristes modernes, surtout en Allemagne, ont peine à s'expliquer qu'un simple fait puisse engendrer des actions réelles (1). L'action réelle est destinée à garantir un droit sur une chose. Les actions possessoires, au contraire, sont des actions qui portent exclusivement sur un état de fait, sans toucher au droit.

La possession est une étape de la propriété ; elle en est souvent la manifestation. Le législateur la préserve à cause de cela. Les actions qu'il donne sont celles de la propriété (2). Ainsi la protection est celle de la présomption de propriété.

Cette façon de voir cadre bien avec la théorie possessoire française tout entière ; image réfléchie de la propriété extérieure, elle exige, avec la volonté d'être propriétaire, l'exercice des actes de propriétaire. Sans s'attarder à demander une preuve de son droit, il faut le protéger.

(1) Jhering en est réduit à donner au mot droit un sens tout à fait particulier, qui enferme à la fois le rapport juridique et le fait protégé pour toutes autres causes, *loc. cit.*

(2) Aubry et Rau, II, p. 108 ; Troplong, n° 237.

La jurisprudence admet fort bien que deux des actions possessoires, complainte et dénonciation de nouvelle œuvre, soient dues à cette doctrine ; mais elle fait de la réintégrande une action personnelle, donnée à tout possesseur ou détenteur lésé par une dépossession violente. C'est la théorie du premier projet allemand. Comme lui, elle ne veut que la réparation du préjudice causé, et elle ne tend à une réintégration, que parce que le meilleur moyen de réparer est de remettre les choses en état (1).

La possession, droit ou manifestation possible d'un droit, ne peut donner lieu à une action qui la protège que durant son existence. De même l'action personnelle s'éteindra par la perte de la chose ; la réparation du délit consistera dans la remise de la chose entre les mains du possesseur et si cette remise est impossible, il n'y a plus d'objet.

Code civil allemand. — Le Code de 1896 n'a point non plus donné la solution qu'il préfère ; mais Jhering (2) a eu trop d'influence pour ne point avoir été suivi en la matière. Jhering a développé cette idée que la possession n'est « qu'un ouvrage avancé de la propriété ». Ainsi le Code a fait des actions possessoires des actions réelles, sans abdiquer le principe fondamental de la possession de fait.

Comme les interdits dont elles sont nées, elles sont données à celui que la conscience sociale veut protéger intermédiairement. Elles n'ont point pour but de réparer un

(1) Voir *infra*, la théorie de la réintégrande.

(2) Jhering, *Interdits possessoires*, p. 27-28.

délit, mais bien de donner à l'une des parties une situation préférable pour la revendication d'abord et pour les multiples avantages qu'une prise en mains valable peut procurer.

C'est, plus qu'à aucun moment de la théorie, l'instant où se retourner vers le droit romain dont Jhering tire toutes ses doctrines. Les actions qu'il attribue pour la défense possessoire actuellement sont celles qu'il a étudiées dans « les interdits possessoires ».

Ainsi le Code civil allemand donne à la possession une protection suffisante pour permettre l'exercice des droits de propriété (1) en quoi consiste la possession (2). Cette protection sera même accordée à ceux qui ne peuvent être considérés comme exerçant les droits du propriétaire, à tous les détenteurs. Cette anomalie de la théorie de Jhering se retrouve encore dans le droit allemand. Sous l'épaisse influence de la *Gewere*, c'est la *possessio* romaine, telle que l'a construite le grand juriste. La possession médiate n'est en aucune façon une *Gewere* germaine ; c'est une possession sans pouvoir de fait directement exercé par le possesseur (3).

Utilité de la protection. — Aussi bien cette protection

(1) Voir *suprà*, p. 21.

(2) Jhering, tout au droit romain, voit dans les institutions récentes des conséquences directes des anciennes.

(3) *Suprà*, p. 37, note 3. — L'avant-projet suisse admet la nature personnelle des actions. Cependant, c'est encore en vertu d'une présomption de droit que la possession est garantie (Voir Message, p. 93).

quel que soit son fondement est nécessaire ; elle est indispensable à ceux qui traitent avec le détenteur, avec celui qui, à leurs yeux, a un pouvoir suffisant direct ou indirect, qui semble avoir l'exercice des droits de propriété à juste titre ou non. C'est la sécurité des rapports commerciaux et sociaux.

A l'époque du Code civil français, la possession se confondait normalement avec la propriété. Au lendemain de la Révolution française, le nivellement s'était fait dans les classes bourgeoises de la société ; à la grande propriété, aux fiefs avait succédé le règne du petit domaine, que le paysan cultivait. La richesse était surtout immobilière et, par la disparition de ceux qui la détenaient, il n'était pas à tenir compte du conflit possible entre possesseur et propriétaire. L'individualisme poussait du reste à n'y point prendre garde. Possession et propriété exclusive ne se confondaient-ils pas ?

Le droit moderne a vu se développer la grande propriété mobilière ; l'industrie a remplacé les grands domaines. La rapidité nécessaire aux relations commerciales, la confiance accordée aux traitants, obligeaient de créer, à côté du titulaire vrai du droit, une protection pour celui qui l'exerçait sans droit.

Par les spéculations hasardeuses, les fortunes se font et se défont en un jour, et agissant pour leur compte ou pour celui du propriétaire, il est nécessaire que détenteur et possesseur puissent, par des mesures provisoires, se garantir contre les voies de fait des tiers. Si on laisse au détenteur de l'effet de commerce le simple droit commun, il aura sou-

vent grave dommage ; le droit commun, c'est la faute de notre article 1382, tout fait quelconque de l'homme oblige à réparation du préjudice, action personnelle qui le laisse sans défense vis-à-vis d'un usurpateur insolvable et c'étaient ces considérations qui avaient amené les auteurs du premier projet allemand à donner la protection possessoire aux détenteurs intéressés.

PROTECTION PERSONNELLE

Code civil français. — Lorsqu'un tiers sans l'agrément du possesseur tente de le troubler ou de le déposséder, il est juste qu'il puisse être repoussé. Ce serait encourager les usurpations que d'obliger les victimes à les subir, puis à se plaindre ensuite à la justice. La preuve toujours difficile à fournir, la longueur des instances engagées, l'avance de frais considérables les arrêteraient souvent sur le chemin de la procédure.

Le Code civil français n'a posé nulle part le principe de la légitimité de l'emploi de la force contre la voie de fait illicite. Il suppose le délit accompli et ne s'ingénie aucunement à le prévoir.

Certains auteurs (1) ont voulu dénier au possesseur menacé le droit d'agir par la force envers l'usurpateur. Ce serait folie de croire que le possesseur doit, les bras croisés, assister à sa dépossession et ensuite, quand il a pu se convaincre de son infortune, aller tranquillement chez son avoué et lancer une assignation. N'est il pas plus logique de chercher le gardien de la paix et de le faire arrêter ? Il n'y a là que l'exercice normal de la protection possessoire. Trouvant dans son champ une troupe de tziganes, le propriétaire les en expulse au moment où ils montent leurs

(1) Voir *suprà*, p. 120.

tentes. Ce sera très naturel et la possession du propriétaire n'aura en aucune façon changé de nature après ce petit incident. La possession sera toujours paisible et à titre de propriétaire.

L'expulsion de ces tziganes peut n'avoir pas eu lieu que *manu militari*. La gendarmerie a dû intervenir et la force a joué un rôle. Personne ne contestera la légalité de ces mesures et ne songera à obliger le propriétaire troublé à attaquer le campement devant le tribunal.

La force suppose souvent pour son exercice une violence contre une personne. La défense contre la voie de fait illicite revient donc à une défense contre la personne même de son auteur.

En droit pénal, l'article 328 du Code pénal reconnaît la légitime défense : « il n'y a ni crime, ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la légitime défense de soi-même ou d'autrui ». Il ne s'agit ici que de délit dans le sens pénal du mot ; mais la légitime défense, étant un fait justificatif de l'acte, l'inculpé n'en est responsable ni au point de vue civil, ni au point de vue pénal. Il n'a pas à répondre du dommage qu'il a causé. Car il n'y a pas eu faute. En agissant ainsi, il a fait ce qu'il devait.

En citant l'homicide, les blessures, les coups, le législateur n'a pas voulu limiter cette énumération. Il a donné des exemples d'actes punis ordinairement par la loi et portant atteinte directement à la personne.

Sans doute, il n'a point songé que la défense pourrait

être provoquée par des actes contre la propriété ou contre la possession. Le possesseur a le droit de repousser par la force l'agression contre son patrimoine, mais, dès l'instant où il touche à la personne même de l'usurpateur, il n'en est plus de même. Pour qu'il puisse la repousser les armes à la main, le texte exige que l'agression menace la personne même du possesseur et que ce danger soit inévitable autrement. Ainsi la légitime défense n'est pas permise contre le trouble ou la dépossession simplement. La voie de fait illicite accomplie, le dépossédé n'aura pas le droit de reprendre la chose par des actes contre la personne même de l'usurpateur. Le voyant partir avec l'objet en mains, il n'aura point le droit de tirer dessus pour le lui faire rendre, même s'il y a là le seul moyen d'empêcher la dépossession d'être définitive. A voit son domestique B s'échapper sur son plus beau cheval : un seul parti pour lui, s'adresser à la justice ; il ne peut l'arrêter par une cartouche de fusil. L'article 328 ne laisse aucun doute à ce sujet.

Peu de législations ont une notion aussi restreinte de la légitime défense, sanction et *ultima ratio* de tout droit.

La jurisprudence française en est réduite à transgresser la loi ; elle admettra que l'acte n'est pas imputable à l'auteur, le considérant comme justifié par une légitime défense imaginaire. Elle décidera que l'agresseur avait voulu atteindre le possesseur dans sa personne ou que celui-ci le pouvait croire. Dans d'autres circonstances, elle dira qu'il y avait nécessité absolue et que la volonté du possesseur n'existait plus.

L'étroitesse de la théorie française se fonde sur une crainte chimérique de voir les actes de défense personnelle se multiplier à l'infini. En réalité, il eût été plus sage d'admettre, comme dans les autres législations, la légitime défense à l'encontre de toute attaque sans droit à l'égard des choses du patrimoine, aussi bien que contre la personne (1).

L'agression pouvant provenir aussi d'animaux, le Code pénal, dans ses articles 453 et 454, permet de les détruire. Ainsi un chien s'attaque au possesseur ; il peut être fusillé ou empoisonné (2).

Mais il n'y a rien au sujet de la voie de fait contre une possession.

La légitime défense (3) n'existant pas contre les attaques aux biens, le possesseur pourra agir sur les biens mêmes de l'agresseur, arracher les haies qu'il a fait planter, remettre les bornes qu'il avait déplacées, sans avoir à craindre les représailles sur sa personne. Mais là encore son droit sera limité. L'article 329 assimile aux actes contre la per-

(1) Il suffisait de punir très fortement les actes qui n'auraient pu se justifier par la légitime défense.

(2) Garraud, *Traité théorique et pratique de droit criminel*, p. 214.

(3) Il n'est point fait mention de la légitime défense contre une chose. Un objet présente un danger pour la vie du possesseur ou pour sa possession. Il pourra le détruire, s'il prouve qu'il y avait nécessité à cela, en d'autres termes qu'il a été forcé malgré lui de le faire. Mais la loi française ne s'occupe pas du cas où, sans qu'il y ait une force indépendante du possesseur qui l'ait obligé à détruire, le danger permanent crée une situation voisine de la dépossession pour le possesseur.

sonne le fait d'escalader ou de fracturer de nuit les clôtures d'une maison habitée.

Le système français ne reconnaît donc au possesseur pour repousser l'agression contre sa possession par la force que le droit d'agir sur les biens de l'agresseur dans les limites suffisantes pour triompher. Ce n'est point écrit dans les lois ; mais l'équité et le droit qui dicte les principes généraux l'exigent ainsi.

Dans ces limites, on dira que l'acte a été nécessité. Il n'y aura point faute et le possesseur, auteur du dommage, ne sera point obligé à le réparer.

Code civil allemand. — Le Code civil allemand a établi d'une façon durable et claire les principes de la légitime défense personnelle. Il a compris qu'elle n'est vraiment complète que si elle existe dans le cas d'attaque contre les biens.

La jurisprudence des pays rhénans, suivant les errements français, admettait déjà comme commandées par une nécessité irrésistible les atteintes à la personne subies par l'usurpateur, tandis que le possesseur repoussait ses attaques.

La possession, rapport de fait (1), reste exposée à la puissance visible d'autrui, comme à la dépossession cachée. La loi peut envisager la possession comme durant aussi longtemps que le dépossédé a le droit d'intenter des actions possessoires. Le droit romain l'avait admis. Mais le Code civil allemand qui envisage la possession comme basée sur

(1) Endemann, p. 173.

une puissance de fait admet que chaque voie de fait enlève aux yeux des tiers la possession et celui qui en est l'auteur devient possesseur à son tour. Aussi a-t-il posé le principe que ce que la force a détruit, la force peut le rétablir.

On distinguera dans la légitime défense personnelle, la défense propre qui permettra d'empêcher la dépossession et l'aide ou reprise personnelle (*Selbsthülfe*) qui autorisera la reprise par la force de la chose enlevée. La défense personnelle suppose l'emploi de la violence contre l'auteur de la dépossession et contre les objets lui appartenant, mais seulement pour écarter le danger d'une dépossession.

La reprise personnelle ne peut se comprendre qu'après la dépossession et pour remettre les choses en l'état antérieur. Il n'est pas l'application des principes généraux, comme la défense personnelle.

Elle ne peut être confondue avec la défense personnelle que par une fiction. Tandis que par la voie de fait la possession a été enlevée au possesseur, la loi, eu égard au mauvais aloi d'un tel acte, suppose que le possesseur conserve pendant un certain temps sa possession. Elle aura dès lors le droit d'y mettre toutes exigences qu'il lui plaira et surtout d'obliger son exercice dans un délai déterminé.

L'aide personnel, permettant au possesseur antérieur de reprendre immédiatement la possession, lui donnera le rôle de défendeur, et une fois prouvée par lui la voie de fait qui l'avait dépossédé, le fardeau tout entier de la preuve retombera sur l'auteur de l'usurpation.

La reprise personnelle et la défense personnelle constituent

les moyens d'emploi légitimes de la force (1). Sans doute le législateur ne pousse point à leur emploi. Ce sera souvent pour le juge fort difficile de décider de l'illégitimité ou de la légitimité de la force dans des cas particuliers. Il devra se laisser guider par sa conscience, se souvenant qu'il y a là une sanction nécessaire que l'ordre social exige de n'employer qu'à la dernière extrémité.

Légitime défense. — L'article 227 du Code civil allemand admet la légitime défense dans le cas d'attaque contre les biens. La possession crée sans aucun doute un élément nouveau dans le patrimoine du possesseur (2). La définition de l'article 227 est reproduite dans le Code pénal (3). Il y a ainsi identité entre le fait justificatif du délit civil et du délit criminel. A chaque fois que le législateur permettra l'emploi de la force contre la personne, il l'autorisera par cela même contre les biens et réciproquement.

Pour qu'il en soit ainsi, le Code exige que l'atteinte qu'elle suppose soit dirigée contre l'un quelconque des éléments qui constituent la personnalité humaine, la vie, l'honneur, la liberté, le corps ou le patrimoine. Cette atteinte doit être matérielle ; il n'est pas suffisant d'une contestation, même

(1) Voir à ce sujet, Cornil, p. 257 et suivantes.

(2) « Un fait imposé par mesure de défense personnelle forcée n'est pas contraire au droit.

« Il y a défense personnelle forcée, lorsque celle-ci est exigée pour écarter de soi ou d'autrui une attaque qui soit actuelle et faite en violation du droit. »

(3) C. pénal allemand, art. 53.

d'une menace, il fait un acte de violence corporelle.

La légitime défense ne peut s'expliquer si l'atteinte est permise par la loi. Un individu qui la ferait, tout heureux d'être en règle avec les textes, se ferait désagréablement tuer, sans que l'adversaire ait agi illicitement. Dès l'instant où la loi autorise, elle doit protéger celui qui la suit (1).

L'article 858 range parmi les actes illégaux la voie de fait contre la possession, sauf des cas exceptionnels. Le possesseur, troublé ou menacé d'être dépossédé, aura le droit d'agir contre l'auteur du trouble, de le tuer, de le blesser, de l'emprisonner s'il y a lieu.

Si justement la voie de fait est permise, dans le cas de l'article 904 ou 858-2° par exemple, le possesseur dépouillé par la force ne pourra se faire réintégrer de la même façon. La voie de fait contre sa possession n'est plus contraire à la loi (2).

L'acte imposé par la défense personnelle serait licite objectivement, dès l'instant où l'attaque menacerait le possesseur. Il n'y a aucunement à tenir compte de la culpabilité atténuée ou inexistante de l'auteur du trouble. Un fou qui ne peut, dans un accès de folie, devenir possesseur, un enfant mineur de 7 ans à qui l'article 104 enlève (3), selon nous, la faculté d'agir peuvent se voir opposer l'article 227.

(1) Cependant sur l'abus de droit, voir l'art. 226 et aussi Saleilles, *Essais d'une théorie générale des obligations d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 2^e édit., p. 370 et sur la faute, *id.*, p. 383.

(2) Planck, sur § 858 et sur § 227.

(3) V. *suprà*, p. 47.

Il est aussi inutile qu'il devienne possesseur ou qu'il puisse vouloir l'acte de dépossession.

Le droit allemand, se plaçant du côté du possesseur, lui accorde l'article 227, dès qu'il y a péril de quelque côté que ce soit.

Cependant il faut que l'acte de violence soit exigé par la situation, c'est-à-dire que ce soit la seule façon de repousser l'agression.

Un individu entre dans un champ avec ses voitures. Le possesseur de ce champ n'aura pas le droit de faire cesser le trouble résultant de l'occupation, dès l'abord en tirant sur le charretier. Il devra parlementer, le prier de s'en aller, user de tout moyen propre à le convaincre, chercher à pousser les chevaux et les voitures hors de sa terre ; ce n'est que devant le refus obstiné du charretier et l'impossibilité de faire cesser le trouble qu'il pourra agir sur sa personne.

Il n'y a point lieu de tenir compte de l'insignifiance du danger couru par rapport au mal provoqué par la défense. Pour un gramme de blé, pour un lopin de terre de la dimension d'un mouchoir de poche, le possesseur disposera, dans sa défense, de la vie et des biens de l'auteur du trouble, pourvu qu'en agissant ainsi il use du seul moyen possible d'empêcher la perte de son droit.

S'il n'y a pas légitime défense, ou si le possesseur pouvait faire disparaître son trouble par un moyen plus paisible, il commettra un acte illicite, entraînant des poursuites correctionnelles ou criminelles et des condamnations pécuniaires. Nous rentrons dans le droit commun.

L'article 823 s'applique ici (1). Pour donner lieu à des réparations pécuniaires, l'acte illicite devra remplir certaines conditions : il faudra d'abord qu'il ait causé un dommage et de plus qu'il y ait faute de la part du possesseur. Cette faute consistera en ce qu'il a su ou n'a pas su uniquement par une négligence impardonnable qu'il commettait un acte illicite ou qu'il contrevenait à la loi.

L'article 823 exige cette faute comme élément essentiel du délit civil, alors qu'en droit criminel la loi peut être violée et des peines prononcées contre l'agent, sans qu'il y ait eu faute de sa part (2).

Ainsi la légitime défense permet de faire les actes nécessaires pour sauvegarder son droit : agir sur la personne, si la contrainte sur les biens n'est pas suffisante ou possible, produire sur elle des blessures durables ou mortelles, si la contrainte momentanée ne permet pas d'arriver au même résultat. Agir contre un homme doit être un acte auquel il faut regarder à deux fois ; la vie ne doit être sacrifiée qu'à la dernière extrémité.

Souvent le possesseur, manquant de sang-froid, affolé ou irascible, se croira en état de légitime défense alors qu'il ne l'est point. Un locataire, un fermier trouve dans un jardin un homme couché, troublant par là même sa possession. Il le réveille et le chasse. Celui-ci s'en va. Mais au moment où il quitte le jardin, il tombe frappé d'une balle de fusil tirée

(1) Planck, sur § 823, et C. civ. allemand, *Lég. étr.*, sous § 823.

(2) V. entre autres Linckelmann, *die Schadensersatzpflicht und unerlaubte Handlungen nach dem bürgerlichen Gesetzbuch*, 1898, p. 15 et suiv.

par le fermier. Il n'y a pas là défense du tout, puisqu'il n'y avait pas attaque. L'article 823 s'appliquera.

La légitime défense est un droit. Par conséquent dès l'instant où le possesseur sera en légitime défense, ce sera à la victime à prouver que les actes qu'il a perpétrés dépassaient la nécessité, qu'avec moins de violence ou même sans violence il aurait repoussé le trouble.

Un cheval, monté, vient galoper dans un champ, le fermier du champ blesse le cavalier. Il a pu se défendre, sa possession étant troublée, ce sera au cavalier à prouver que ce plomb n'était pas nécessaire pour écarter le trouble possessoire.

Au contraire, hors de la légitime défense, tout le fardeau de la preuve retombera sur le possesseur.

Avantages du système allemand.— Dans le droit français, la légitime défense contre un trouble possessoire n'est pas un droit. Le dépossédé qui repousse l'agresseur par la force ne peut invoquer qu'une contrainte, à moins que sa vie ou celle d'autrui ne soient menacées.

Dans ce cas seul, toute violence contre la personne de l'agresseur est permise ; le possesseur n'est responsable ni civilement, ni pénalement. Au contraire, « la contrainte ne donne pas le droit de faire l'acte ; il peut subsister une certaine responsabilité à la charge de l'agent » (1), et alors qu'un jugement l'acquittera au point de vue pénal, il pourra le condamner à des dommages-intérêts. Les coups ont été

(1) Garraud, *op. cit.*, p. 207.

donnés, alors que la nécessité la plus absolue les exigeait ; mais ils n'en sont pas moins illicites.

Le possesseur aura à prouver qu'il y a eu contrainte et que cette contrainte a été la cause initiale des coups donnés (1).

Ce système laisse à la justice le soin de décider s'il y a ou non une excuse absolutoire à l'acte de défense possessoire. Dans chaque hypothèse le juge se laissera guider par son inspiration, par les circonstances de fait qui ont entouré l'acte de violence. Sans doute l'équité pourra être respectée. Mais où se trouve la sécurité du possesseur ? Chaque fois qu'il touchera à la personne de l'usurpateur en train de le déposséder, il ne pourra pas savoir s'il aura raison aux yeux du tribunal.

Cet inconvénient sera d'autant plus grave en France qu'il existe au correctionnel et au criminel des juridictions différentes quant à leur recrutement.

Les juges du correctionnel, motivant leur jugement par des moyens juridiques, seront moins disposés à absoudre que les jurés, facilement émotifs, n'ayant point le soin d'appliquer la peine. L'attitude du président des assises, trop souvent partial ou feignant de l'être contre l'accusé, l'ignorance des jurés sur l'arrêt possible de la Cour leur dicteront bien souvent un verdict d'acquiescement.

(1) La force majeure doit résulter d'un événement indépendant de la volonté du possesseur. Malgré un arrêt, il n'est pas nécessaire qu'il soit indépendant de toute volonté humaine (V. cep. criminel, D.P. 91. 1.43). La contrainte sera suffisamment établie, si le possesseur est menacé d'une dépossession absolue.

Il est à souhaiter que le législateur moderne, renonçant à faire dire la loi par le juge (1), réglemente par des textes précis le droit de légitime défense contre les atteintes à la propriété et à la possession.

La légitime défense, telle que la conçoit l'article 227, ne permet pas seulement des attaques contre la personne, mais contre les biens de l'agresseur. Le mot fait qu'il emploie est assez général pour tout comprendre, et s'inspirant de ce texte les rédacteurs du nouveau Code civil n'oublieront pas qu'à côté de l'acte pénalement délictuel provoqué par la légitime défense, il y a le délit civil, l'atteinte au patrimoine personnel de l'agresseur qui doit être permis.

La légitime défense contre les choses dans le droit allemand. — L'article 228 envisage le cas de nécessité. Il s'agit d'une chose constituant un danger pour la possession d'autrui. Le Code pénal, dans l'article 34, avait à son propre point de vue étudié déjà la question.

Le premier projet avait admis la légitime défense et en étendait les règles à cette hypothèse. L'agression d'une chose ne paraît guère compréhensible. Elle suppose des actes positifs peu en rapport avec la nature de certaines choses. Sans doute il n'en est ainsi que pour les objets inanimés ; mais l'article 187 du premier projet était général.

(1) Les graves inconvénients de ce système sont exposés avant la lettre, par Montesquieu, *Esprit des lois*, livre XI, chapitre VI. — Voir sur la légitime défense et la contrainte, Dalloz, *Code pénal annoté*, aux articles 64 et 328.

(2) Code civil allemand, *Lég. étr.*, sous l'article 228.

La légitime défense, ainsi comprise, ne pouvait consister à repousser des attaques extérieures. Elle supposait une initiative de la part du possesseur, une attaque, si bien qu'en réalité la légitime défense devenait l'agression licite (1). Pour respecter la vraie nature des choses, il aurait fallu la désigner sous ce nom, la vraie légitime défense consistant uniquement à repousser des voies de fait menaçant la vie ou les biens.

Le projet exigeait les mêmes conditions que pour celle-ci : un danger résultait directement de la chose ; l'acte de défense, mainmise, destruction ou détérioration devait être le seul moyen d'écarter ce danger qui n'était pas causé par la faute de celui qu'il menaçait.

Dans ce seul cas, l'atteinte à la propriété à la possession d'autrui cessait pénalement et civilement d'être un acte illicite.

Partout ailleurs, le propriétaire lésé avait droit à des dommages-intérêts et même pouvait repousser par la force l'atteinte à sa propriété (2).

La seconde commission, après des discussions mémorables (3), distingua la nécessité de la légitime défense.

Le possesseur menacé a le droit d'agir contre la

(1) Ce n'est que par une erreur grossière juridiquement que le législateur a pu dire qu'il y a là un acte de défense personnelle contre la chose qui nous menace.

(2) Entre autres, le cas de l'article 904 du Code civil allemand. L'article 746 du premier projet faisait de cet acte un délit civil et en vertu de l'article 818, le propriétaire d'une barque avait le droit de repousser celui qui s'y accrochait pour éviter de se noyer.

(3) V. Planck, sur § 228.

chose (1) qui constitue un danger pour sa possession.

Pour qu'il en soit ainsi, il faut que le danger soit directement causé par la chose et que la détérioration que va commettre le possesseur ne soit pas hors de proportion avec le danger couru. Cette dernière condition n'existe pas dans le cas de légitime défense.

Le possesseur ne peut que détériorer ou supprimer la chose ; on a pensé que si elle était un danger, alors qu'elle était près de sa possession, il n'avait aucunement le droit de l'enlever ou de la garder pour lui.

Dans ces limites, le possesseur agit encore dans la plénitude de son droit. Il n'est responsable ni civilement, ni pénalement. Ce n'est plus simplement une excuse, c'est le simple exercice d'un droit.

Cependant si le possesseur a causé, par sa faute, le danger qui menace sa possession, il sera obligé à réparation.

L'acte ne cesse pas d'être licite. Il y a « un fait de risque » (2) ; cette solution était équitable et dans l'état de notre philosophie juridique, elle s'imposait. Le nouveau Code allemand qui n'a point conservé l'unité du délit (3) de notre Code (4) aurait pu ne pas l'adopter.

(1) La première rédaction du second projet exigeait pour que l'acte fût permis qu'il n'y eût point faute du possesseur. S'il y a faute de celui-ci, l'acte ne cessera pas d'être licite, mais donnera lieu à des dommages-intérêts. Il était nécessaire que le danger provînt de la chose elle-même.

(2) Code civil allemand, *Lég. étr.*, t. I, p. 340.

(3) Dès l'instant où le possesseur est responsable du danger, il doit réparation. L'acte licite aura gardé son caractère. Mais il n'en a pas

(4) V. note 4, p. 170.

La légitime défense et la nécessité de droit commun sont mises à la disposition de tous ceux dont les intérêts sont violés. Elles sont par cela même à la disposition du possesseur. L'article 859-1° l'indique explicitement.

Mais elles sont des armes à deux tranchants. Par la défense personnelle et la nécessité, seront légitimées aussi les atteintes à la possession et ce qui a été dit pour la protection pourrait figurer dans le chapitre des voies de fait autorisées par la loi, au même titre que l'article 904.

Ainsi à chaque fois que le possesseur emploiera la force pour repousser l'agression, il devra se demander s'il a ou non ce droit. Car l'agression pourra être licite et en agissant, il se mettrait en marge de la loi.

Le projet suisse dans l'article 968-1° pose le même principe que le législateur allemand. Le possesseur a le droit de repousser par la force tout acte d'usurpation ou de trouble. Mais ce droit, comme en Allemagne, est fortement limité. Dans un certain nombre d'hypothèses la voie de fait est licite et dans tous les cas, le possesseur doit s'abstenir de toute voie de fait que ne commande pas la nécessité de sa défense (1).

moins causé un dommage au propriétaire et aux ayants droit de la chose endommagée; ceux-ci se retourneront vers l'auteur du danger, que ce soit le possesseur, ou un tiers. L'article 1382 du Code civil français permet cette solution en dehors de tout autre texte.

(4) Le délit allemand suppose un fait illicite ou bien déloyal (art. 823 et 826) et une faute directe de la part de l'agent. La faute de l'agent ici n'a causé le danger qu'indirectement. Il n'a agi que sur la chose et cette action a mis la chose en situation de constituer un danger.

(1) V. Message, p. 91.

Reprise personnelle. — A côté de la défense contre un danger présent, le législateur allemand autorise l'emploi de la force pour reprendre la possession perdue.

Il s'agit ici d'une dépossession effectuée. Le droit commun est très largement dépassé.

En principe, il est défendu de se faire justice soi-même. Depuis l'époque où le duel judiciaire a été réglementé, les gouvernements ont jalousement gardé la prérogative de rendre la justice.

Le Code civil allemand a cependant accordé dans certains cas le droit de se faire justice soi-même (1). Il faut qu'il y ait impossibilité pour la justice publique d'intervenir en temps utile et que, sans la mainmise immédiate de celui qui se fait justice, il y ait danger de ne pouvoir plus réaliser son droit du tout ou seulement d'une façon beaucoup plus difficile.

Les moyens d'intervention et de mainmise personnelle autorisés par l'article 229 sont le fait de saisir, de détériorer ou détruire la chose du tiers qui a envers vous une obligation quelconque ou envers qui vous avez une prétention (Anspruch) (2). L'appréhension d'une chose ne peut avoir lieu que dans les cas où le séquestre est possible (3).

(1) Article 229.

(2) Le mot *Anspruch* ne peut guère être traduit en français. Il désigne « non pas le rapport juridique dans son ensemble, mais la faculté qui peut naître de ce rapport lui-même d'avoir à élever une revendication contre quelqu'un, en vue d'exiger de lui tel ou tel fait compris dans le contenu du droit ». Code civil allemand, *Lég. étr.*, sous § 194.

(3) Article 230.

L'article 229 permet d'arrêter le débiteur prêt à s'enfuir, alors qu'il pourrait être contraint par corps et mis en sûreté par la justice publique conformément à l'article 918 du Code de procédure.

L'article 230 indique dans quelles étroites limites est enfermé le droit de justice personnelle. Si le créancier ne suit pas les exigences de ce texte, il commet un délit civil (1).

Si la possession était soumise au droit commun, ce ne serait qu'au cas où la justice publique ne pourrait intervenir à temps que le possesseur dépossédé reprendrait la chose par la force. Cependant il n'en est rien. Qu'il s'agisse d'un meuble ou d'un immeuble, il peut reconquérir en tous les cas sa possession à la condition d'agir dans un délai assez bref.

L'article 859 qui établit cette règle n'a pas le même domaine que l'article 229. A son défaut, devons-nous nous rapporter à l'article 229 ? Il semble tout à fait naturel de l'admettre. L'article 229 ne sera sans doute applicable qu'à défaut de l'article 859 et dans son domaine propre. Il faudra que les conditions qu'il exige soient remplies. Aussi bien cet article est général et applicable dans toutes les matières. Pour qu'il ne le soit pas, un texte précis est nécessaire ; ce texte fait défaut ici.

L'article 859 est plus avantageux. Le possesseur n'aura qu'à prouver qu'il est encore dans le temps exigé après la dépossession et qu'il a été dépossédé.

(1) Planck, sur les articles 229 et 230.

Si, au contraire il n'est plus dans ces conditions, il pourra faire appel à l'article 229.

Le droit donné par l'article 859 (2^o et 3^o) est une des formes de la protection manuelle, conséquence lointaine de l'article 227, au même titre que l'article 229. Il s'exerce contre celui qui a troublé la possession d'une façon complète et il autorise tous les actes de violence, aussi bien contre la personne que contre les biens de l'adversaire.

L'article 859 distingue suivant qu'il s'agit d'un meuble ou d'un immeuble. Aussi bien la reprise d'une chose appartenant à l'une ou à l'autre des classes doit être différemment exercée. On prend en mains une pipe, on roule sur une bicyclette, tandis que la puissance de fait sur un fonds se manifeste tout autrement (1).

S'il s'agit d'un meuble, la victime de l'usurpation peut le reprendre des mains de celui qui le détient, à la condition qu'il l'ait pris en flagrant délit, c'est-à-dire quand il exerçait la voie de fait qui allait le déposséder.

Il peut arriver que, se voyant surpris, l'usurpateur s'éloigne rapidement, emportant avec lui l'objet ; le possesseur dépouillé a alors le droit de le poursuivre et de reprendre l'objet. Cette poursuite peut durer autant de temps qu'il est nécessaire ; le droit de reprise sera conservé durant toute sa durée (2) et même la chose peut être enlevée au recéleur qui l'a reçue en dépôt (3).

(1) Barre, *Le Code civil allemand et le Code civil français comparés entre eux*, traduction française d'Hartmann, p. 38.

(2) Gierke, p. 247.

(3) Si la trace est perdue, le droit cesse pour le possesseur (Endemann, p. 174).

La reprise d'un immeuble sera toute différente et les termes des paragraphes 2 et 3 l'indiquent d'une façon suffisamment claire. Elle doit être exercée immédiatement après la dépossession. Il n'y a pas de différence, que la dépossession ait eu lieu en présence ou en l'absence du possesseur et il n'est pas nécessaire que la dépossession ait été consommée pour le fonds tout entier ou pour une partie seulement.

La reprise doit avoir lieu immédiatement après, et cela que le possesseur ait eu ou non connaissance de la dépossession. Il y a simplement à considérer le fait de dépossession, élément objectif. Si la victime de la voie de fait laisse s'établir la possession de l'usurpateur, elle n'a plus rien (1).

La reprise personnelle est un droit de protection. Ce qui sert à son but est permis (2) ; s'il y a des dégâts qui en sont la conséquence pour l'adversaire, il n'y a pas lieu d'exiger une caution de la victime qui agit et ceci s'explique facilement par ce fait que le poursuivi a provoqué les actes de reprise par son acte antérieur de prise de possession illicite (3).

Pour se rendre maître du meuble ou de l'immeuble, le poursuivant pourra se servir de l'appui d'un tiers. Le plus fréquemment il fera appel à la police et celle-ci ne pourra refuser son appui. Sa raison d'être est justement de faire respecter les lois, de prêter main forte aux citoyens injustement lésés.

(1) Endemann, p. 174.

(2) Gierke, p. 249.

(3) Si le but n'exigeait pas une violence aussi considérable, il tombe sous l'article 231, qui oblige à des dommages-intérêts.

Le droit de reprise personnelle est étendu passivement à ceux qui, successeurs de l'usurpateur, peuvent se voir opposer le vice de sa possession, héritiers et successeurs particuliers de mauvaise foi. Il est à remarquer que, si l'usurpateur meurt durant la poursuite d'un objet mobilier ou dans sa lutte contre la reprise d'un fonds, la possession de l'héritier sera perdue, à moins qu'il ne prenne matériellement et immédiatement la place de son auteur.

Bénéficiaires de la protection personnelle. — La légitime défense personnelle et le droit de reprise appartiennent aux mêmes individus. Aussi bien l'une est la conséquence de l'autre. Celui qui a le droit de repousser par la force l'agression peut reprendre la possession que cette agression lui a fait perdre.

Le problème se pose : qui en est bénéficiaire ? La réponse se trouve dans la nature de la voie de fait. Seuls en profiteront les possesseurs qui auront souffert d'une voie de fait illicite.

La majorité des auteurs n'admettent au bénéfice de la loi que les possesseurs immédiats et médiats vis-à-vis des attaques des tiers. La voie de fait, étant un acte matériel, ne peut avoir lieu que contre une possession matériellement exercée et seule la possession immédiate répond à ces conditions (1).

La loi assimile sans doute de tous points la possession médiate à l'autre et, à chaque fois qu'une voie de fait illicite

(1) V. *suprà*, p. 129 et suiv.

sera exercée contre le possesseur immédiat, le possesseur médiat, s'il est intéressé à faire respecter cette possession, pourra agir suivant l'article 859. Ce n'est pas par sa nature que la possession médiata est exclusive de voie de fait, mais par la nature même de celle-ci. Ainsi donc si un possesseur immédiat se laisse involontairement déposséder, il n'y aura pas moins vis-à-vis du possesseur médiat une voie de fait illicite (1).

La théorie de Wendt qui donne à la possession médiata la valeur d'une fiction légale et lui accorde l'unique protection de l'article 869, ne reconnaît pas l'application des articles 858 et 859 à la possession médiata. Le possesseur médiat n'est pas un possesseur et la voie de fait illicite ne peut l'atteindre. Il n'agira que comme détenteur subordonné ou mandataire du possesseur immédiat et, dans ces seules circonstances, comme n'importe quel étranger.

Cette action appartient non seulement au possesseur médiat et immédiat, mais encore au détenteur subordonné, au copossesseur (2). L'article 1029 l'étend même au titulaire de servitudes.

Le possesseur ne l'a pas contre l'usurpateur, en raison de l'usurpation, mais en vertu de l'objet qu'il possède. Elle existe donc contre le possesseur actuel de l'objet, contre le simple détenteur, contre le recéleur, à la condition que le vice lui soit opposable, mais pas contre le voleur.

(1) V. Gierke, p. 248 et suiv.

(2) V. Seuffert, t. IX, n° 157 et XLVI, n° 11.

Gierke (1) va plus loin. Admettant la voie de fait illicite à l'encontre de la possession médiate, il donne la reprise au possesseur médiat contre l'immédiat et inversement, dans le cas où il dépasse sans droit sa possession ou empiète sans droit sur une possession concurrente. Il est incontestable à ses yeux que le possesseur immédiat l'a contre le médiat, par exemple le fermier contre le propriétaire, comme le propriétaire contre le fermier. Le possesseur médiat peut l'exercer non seulement contre le tiers, si le possesseur immédiat est négligent ou absent, mais même contre celui-ci, s'il a détruit ou troublé par une voie de fait illicite la puissance éminente dont il a lui-même l'exercice de fait.

Cette théorie a été rejetée et il n'a pas été admis que le possesseur immédiat pouvait troubler la possession médiate.

Vis-à-vis du détenteur de la chose enlevée, le possesseur dépossédé a les mêmes droits que contre l'usurpateur, s'il exerce la maîtrise pour celui-ci (2).

Bien que, dans les cas prévus par l'article 855, ce soit le *Besitzherr* seul qui ait l'exercice des actions possessoires, l'article 860 permet au *Besitzdiener*, au détenteur subordonné, de se servir des moyens violents de l'article 859. Sans doute déjà les principes généraux autorisaient le possesseur à se faire assister par des tiers dans sa défense et

(1) P. 250.

(2) Cosack fait de l'action en reprise une action réelle qui vient sanctionner le droit réel de possession. Au contraire pour nous c'est un vieux débris du droit de la force, encore si vivace dans le droit germanique (*Faustrecht*).

dans ses attaques pour empêcher sa dépossession. Ici c'est un droit propre que le législateur confère au détenteur, en dehors de toute convention particulière.

Le maître est supposé avoir confié la chose et laissé assez d'initiative au détenteur pour sa défense. Le détenteur, dès l'instant où la possession est menacée, a le droit d'initiative dans le but de la défendre. Il est, jusqu'à l'arrivée de son maître, un possesseur immédiat.

Cette initiative en puissance peut lui être retirée par le maître.

PROTECTION JUDICIAIRE

Nature des actions possessoires. — A côté de la protection que la législation laisse aux bons soins de la victime, il est nécessaire de créer des actions judiciaires qui la puissent remettre en la situation qu'elle a perdue.

Aussi bien ce doit même être le droit commun ; car laisser à l'individu le soin de se venger lui-même, hors des cas tout à fait urgents, revient pour une société à abdiquer devant la force.

La nature des actions possessoires est très discutée. Si l'on considère la possession comme un droit réel, elles sont des actions réelles.

Au contraire dans les législations qui admettent la nature de fait de la possession, les unes acceptent le caractère réel (1), les autres le caractère personnel (2). Cette divergence s'explique, selon nous, par la théorie du vice. Pour les unes la possession viciieuse n'est pas opposable au dépossédé, c'est-à-dire qu'à ses yeux, l'usurpateur n'a pas acquis du tout la possession ; vis-à-vis des tiers, il n'en est plus de même, l'exercice de fait de la possession la prouve et l'usurpateur n'est en rien inquiété par eux.

Dans les législations qui admettent la nature personnelle

(1) Droit français.

(2) Avant-projet Suisse. *Message*, p. 91.

au contraire, la possession existe *erga omnes*, mais elle constitue une violation des droits d'un ou de plusieurs individus envers qui il est dû réparation.

Droit français. — Le droit français connaît depuis de très longues années trois actions possessoires, la complainte, la dénonciation de nouvel œuvre et la réintégrande. L'ancienne jurisprudence leur avait donné à chacune un domaine bien différent (1).

Les actions possessoires ne sont définies nulle part, ni dans le Code de procédure civile, ni dans le Code civil. Ce sont, de l'avis général, des actions réelles (2) qui permettent de faire reconnaître la possession du demandeur, « fondées sur une possession revêtue des caractères exigés par la loi et continuée pendant une année au moins » (3). Toutes les actions possessoires que comptent les juristes et la jurisprudence, exigent la possession annale (4). Au point de vue procédural, elles sont de la compétence des juges de paix qui statuent à charge d'appel et doivent être intentées dans l'année du trouble ou de la dépossession (5).

Les actions possessoires ne sont données qu'en matière

(1) Bourcart, *Des actions possessoires*, thèse 1880, n° 58 et suiv.

(2) Pothier les considère au contraire comme des actions personnelles, nées d'un délit, de la même façon que Savigny (*Introduction générale aux Coutumes*, n° 558).

(3) Aubry et Rau, t. II, p. 179.

(4) Förtsch, *op. cit.*, p. 62, et Barre, traduit par Hartmann, *Le Code civil allemand et le Code civil français comparés entre eux*, p. 39. — Pour la jurisprudence il n'est fait exception que pour la réintégrande.

(5) Code de procédure civile, articles 23 et suiv., et loi du 23 mai 1838 sur les justices de paix, article 16-1°.

immobilière (1). Les immeubles corporels, les servitudes personnelles ou réelles, les droits réels de jouissance sont susceptibles de donner lieu aux actions possessoires.

Les meubles sont laissés sans protection de cette nature. Vieil errement de l'ancien droit, cette exclusion a été maintenue dans notre droit moderne par l'article 2279. De plus en plus, à mesure que la possession des meubles devenait plus fréquente, plus importante, on a senti chez nous le danger et la gêne de ce défaut de protection. Dès 1845, Renaud essaie sans succès une théorie contraire. Son autorité ne suffit pas à ébranler la doctrine sur l'article 2279, justement conforme à l'esprit du législateur (2). Aussi bien l'article crée en faveur du possesseur de meubles une présomption de propriété qui n'est point renversée par la preuve contraire. De plus, en adoptant l'ancien adage « en fait de meubles possession vaut titre », il a confondu le pétitoire et la possessoire en matière de meubles et les a rendus inséparables. Une action possessoire devient par cela même pétitoire et les règles ordinaires de la possession ne peuvent s'appliquer (3).

(1) Dans l'ancien droit, il y avait doute pour les universalités de meubles. Certaines coutumes leur accordaient les actions possessoires (Paris, art. 97. Ordonnance de 1667, titre XVIII, article 2). Aujourd'hui il est admis qu'on ne possède que les choses dont elles se composent. Garsonnet, t. I, p. 540, n° 130. — Le texte de l'article de la loi de 1838 se réfère uniquement à la situation des biens (Planiol, t. I, p. 343, n° 918), ce qui convient seulement à des immeubles. Cependant la question est controversée. V. Aubry et Rau, note 2, p. 181.

(2) V. sur le sujet, discours de Bigot-Prémameneu, Loqué, XVI, p. 586 ; Pothier, *De la possession*, n° 93 et l'article de Renaud, *Revue de législation*, 1845, I, p. 379.

(3) Il en résulte que l'action en revendication de possession et de

Génée dans l'application, la jurisprudence a cherché, sinon à renverser l'article 2279, du moins à le rendre moins absolu. Elle a admis que la présomption qu'il instituait pouvait être renversée par la preuve contraire (1) et de là permet au dépossé de prouver qu'il est encore propriétaire. Cette solution si pratique est cependant contraire aux lois, alors que conforme à la justice et à l'esprit actuel.

En toute hypothèse, même lorsque la revendication est possible, qu'il y ait vol ou que la possession du défendeur ne soit pas valable, la possession entraîne la propriété.

Pour pouvoir exercer les actions possessoires, il faut avoir eu la possession au moment du trouble ou de la dépossession. Cette possession doit revêtir tous les caractères d'une vraie possession ; seront donc exclus de la protection possessoire tous les détenteurs précaires, fermiers, locataires, etc., possesseurs immédiats et détenteurs subordonnés du droit allemand. Vu le nombre restreint de possesseurs, on peut dire que les actions possessoires seront refusées à

propriété ne pourra s'exercer que dans les cas visés par l'article 2279 2°, vol et perte et suivant les conditions qu'il impose. Cette action en revendication a une nature très controversée. Est-elle réelle, comme la revendication des immeubles ? ou bien personnelle ? Dans ce dernier cas, le seul fait du vol ou de l'invention ferait naître à la charge de son auteur une obligation de restituer. Dans le premier sens, Planiol, I, p. 406, — dans le second, Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, p. 704.

(1) Voir Cass. civ., 10 février 1840, S. 40.1.572. MM. Aubry et Rau ne voient pas, dans cet arrêt suivant beaucoup d'autres, la proclamation d'une présomption *juris tantum*. Il se serait agi là d'action personnelles en restitution. De même pour les arrêts qui l'ont suivi : Req., 25 mars 1888, S. 88.1.148 ; Req., 27 mars 1889, S. 89.1.199. — V. cependant Toullier, *Code civil*, XIV, n° 104 et suiv.

ceux qui, n'ayant jamais la propriété, auraient le plus vif intérêt à les avoir.

Jurisprudence. — Aussi la jurisprudence a-t-elle cherché à obvier à ce grave inconvénient dans les cas où le déni de justice semblait le plus criant.

Les actions possessoires étaient, au moyen-âge, au nombre de trois : la réintégrande (1), la complainte (2), la dénonciation de nouvel œuvre (3).

La complainte et la réintégrande se confondirent au xiv^e siècle, et au début du xviii^e siècle, il ne restait plus trace de leur différence (4).

La jurisprudence, pour des raisons d'équité, a maintenu les trois actions possessoires avec des conditions d'exercice différentes.

Complainte. — La complainte exige une possession *animus domini* (5) et même à fin de prescrire (6). Le posses-

(1) La réintégrande était destinée à protéger ceux qui avaient été dépouillés par violence (Beaumanoir, *Coutume de Beauvoisis*, chap. XXXII, n° 23).

(2) La complainte était donnée pour faire cesser un trouble et pas contre une dépossession.

(3) La dénonciation de nouvel œuvre supposait le trouble particulier qui résultait pour un propriétaire de travaux nouveaux exécutés sur le fonds voisin.

(4) Garsonnet, I, p. 584. La dénonciation de nouvel œuvre n'avait rien de particulier que d'obliger le voisin à une caution pour pouvoir continuer les travaux (Planiol, I, p. 344).

(5) Aubry et Rau, p. 222 et suiv.

(6) V. l'article 23 du Code de procédure civile et l'article 2229 du Code civil. L'exposé des motifs du Code de procédure civile déclare que la possession de l'article 23 du Code de procédure civile est celle définie

seur d'un immeuble même indivis a le droit de faire respecter sa possession contre tout acte ou prétention de nature à le contredire. Il en résulte que le communiste est recevable à intenter une complainte, non seulement contre les tiers, sans le concours de ses consorts, mais même contre ceux de ces derniers qui manifesteraient des prétentions contraires à la possession commune (1). La jurisprudence admet ainsi que la possession, contrariée par une prétention juridique, mérite la protection judiciaire (2).

La complainte peut être régulièrement intentée contre tout individu qui commet personnellement un trouble, même s'il n'est qu'un agent, sauf recours contre son maître (3), contre tout détenteur même de bonne foi de l'immeuble enlevé ou de la chose dont la possession est troublée (4).

La complainte suppose un trouble de possession, c'est-à-dire « un fait matériel ou un acte juridique qui, soit directement et par lui-même, soit indirectement et par voie de conséquence, constitue ou implique une prétention contraire à la possession d'autrui » (5). Dès l'instant où la possession est troublée, avant même qu'il y ait un dommage, le posses-

par le Code civil (Rapport du Tribun Faure, Loqué, t. XXI, p. 557-558).

(1) Solution différente en droit allemand.

(2) Cass. civ., 1^{er} mai 1889, S. 90.1.14 ; Cass. civ., 22 juin 1881, S. 82.1.8 ; Req., 23 décembre 1885, S. 86.1.160.

(3) Garsonnet, I, § 134 ; Civ. rejet, 25 juin 1889, D. P. 90.1.151.

(4) Troplong, I, p. 231 ; Cremieu, *Théorie des actions possessoires ou des moyens juridiques de faire valoir la possession en droit romain et en droit français* (1846), p. 392.

(5) Aubry et Rau, p. 231.

seur peut agir (1). Des faits dommageables qui cependant ne constituent pas une telle prétention peuvent donner lieu à une action en dommages-intérêts et non à la complainte (2).

Cependant l'action ainsi intentée peut se heurter à des exceptions péremptoires. Outre que le défendeur peut contester que l'objet en litige soit susceptible de possession, ou que les délais d'exercice ne soient pas expirés, il est admis à réclamer pour lui-même le bénéfice de la possession (3) et par cela même à faire la preuve de l'inexistence de celle du demandeur. Mais en aucun cas, il ne pourra alléguer qu'il ne fait qu'user de son droit (4).

Dénonciation de nouvel œuvre. — La dénonciation de nouvel œuvre exige, comme la complainte, une possession annale et susceptible de faire prescrire. Elle suppose un travail exécuté sur un fond voisin de celui du demandeur et qui n'est pas terminé (5). Les travaux entrepris sur le

(1) L'intérêt qu'a le possesseur de faire reconnaître ou respecter sa possession suffit à lui seul pour motiver la complainte (Aubry et Rau, en note, p. 232). — Voir une jurisprudence constante : chambres réunies, Cass., 25 février 1889, S. 89.1.328.

(2) Cass. civ., 5 juin 1889, S. 90.1.14.

(3) Req., 24 juillet 1839, S. 40.1.81.

(4) Le juge de paix ne peut décider qu'un fait est par exemple l'exercice de la faculté légale d'irrigation et par là même ne constitue pas un trouble possessoire. — V. Cass. civ., 25 juillet 1888, S. 88.1.463 et chambres réunies Cass., 25 février 1889. Il n'y a là qu'une application du principe de la séparation absolue du possessoire et du pétitoire, institué par l'article 23 du Code de procédure civile.

(5) Il faut que le travail, s'il était achevé, puisse procurer un trouble à la possession du demandeur.

fonds d'autrui constituent souvent un danger présent, mais surtout éventuel (1).

Cette action tend à faire suspendre les travaux ; son objet est donc bien différent de celui de la complainte.

En réalité, il y a entre les deux une distinction inexplicable juridiquement. Dès l'instant où il y a trouble, la victime peut le faire cesser et de toutes les façons possibles, en empêchant surtout qu'il ne devienne plus considérable, c'est-à-dire par l'arrêt des travaux.

Cependant rien ne prouve que la tradition ait conservé séparées deux actions qui visent au même but, empêcher un trouble de façon différente.

L'ordonnance de 1667 et le Code de procédure n'ont fait nulle part allusion à la dénonciation de nouvel œuvre.

La loi de 1838 la mentionne pour la première fois. Mais il n'est pas prouvé qu'elle ait voulu lui donner droit de cité (2).

Réintégrande. — La réintégrande que le xiv^e siècle avait confondue avec la complainte renaît sous l'influence de la nécessité. Elle suppose une violence qui a amené l'expulsion d'un immeuble du possesseur ou du détenteur (3). En

(1) Ils ne seront un danger réel, que s'ils sont achevés. Aubry et Rau voient dans la possibilité d'intenter l'action pour un trouble éventuel son caractère distinctif, p. 246. — V. Troplong, *De la prescription*, I, 313 ; Req., 31 janvier 1876, D. 76.1.112.

(2) La question sera étudiée pour la réintégrande.

(3) Voir sur la question Bolland, *Examen de la doctrine de la Cour de cassation relativement à l'action possessoire appelée réintégrande*, thèse, 1859.

vertu de la vieille maxime *spoliatus ante omnia restitendus*, le possesseur ou le détenteur, victimes de la voie de fait, pourront être réintégrés dans leur situation, sans qu'ils aient démontré une possession à fin de prescrire (1).

Elle requiert seulement dans la personne du demandeur la détention au moment de la voie de fait (2).

Toutefois cette détention doit être licite aux yeux des tiers, visible et paisible (3). Il serait plaisant que le possesseur équivoque pût être réintégré dans une possession ignorée des tiers. L'individu, entré en possession par une voie de fait, ne pourra se plaindre, s'il est lui-même dépossédé par le même moyen (4). C'est un principe que celui qui a la chose en mains doit être préféré à son prédécesseur, lorsqu'il y a même vice dans les situations juridiques de l'un et de l'autre (5).

La réintégrande suppose non pas un simple trouble, mais une dépossession (6) violente. La violence peut avoir été exercée soit contre des personnes, soit contre des choses ;

(1) Req., 31 janvier 1871, S. 17.1.7 ; Req., 14 mars 1876, S. 76.1.266.

(2) Civ. rej., 25 juin 1889, D. P. 90.1.151 ; Req., 19 novembre 1888, S. 89.1.100.

(3) Paisible : Req., 19 novembre 1888, cité plus haut ; publique : Req., 10 août 1847, S. 48.1.63 ; Req., 1878, S. 78.1.216.

(4) La possession redevenant paisible dès que la violence aura cessé, il est nécessaire que la réintégrande soit intentée dans un temps très court après la voie de fait : Req., 20 juillet 1880, S. 82.1.216. — Ce délai variera suivant les circonstances.

(5) *In pari turpitudinis causa, melior est causa possidentis.*

(6) Civ. rej., 12 décembre 1853, S. 53.1.742 ; Req., 31 janvier 1871, S. 71.1.7.

elle doit présenter un degré de gravité (1) suffisant pour « compromettre la paix publique ». Comme il s'agit ici de délit purement civil, il n'est pas nécessaire que le droit pénal ait cru devoir la prévoir et la punir. Non seulement sont considérés comme violences susceptibles de donner naissance à la réintégrande les faits prévus et punis par les articles 437 et suivants du Code pénal, mais encore tous ceux qui « seraient de nature à autoriser, indépendamment même de la dépossession une action en dommages-intérêts contre leur auteur » (2).

Il n'est pas besoin pour le dépossédé de prouver la possession antérieure annale. La réintégrande a pour fondement un délit, un fait contraire à la paix sociale. De là elle ne peut être exercée contre un tiers détenteur qu'autant qu'il est complice de la violence (3).

La Cour de cassation a toujours admis le rétablissement de la réintégrande comme action distincte ; les arguments qu'elle donne sont d'ordre différent.

(1) Req., 28 décembre 1826, S. 27.1.73 ; Req., 19 novembre 1888, S. 89.1.100. — L'Etat peut être actionné en réintégrande par les citoyens. Un maire abuse de son autorité et, grâce à lui, des actes de dépossession violente ont lieu contre des particuliers : Req., 8 juillet 1861, S. 62.1.617 ; Civ. cass., 2 juillet 1862, S. 62.1.836. — Pour le domaine public, voir Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1896, I, p. 550 et II, p. 636 et suiv.

(2) Aubry et Rau, p. 252 ; Req., 22 février 1888, S. 88.1.213.

(3) La complainte au contraire est une action réelle fondée sur l'exercice de la possession. La réintégrande aura des effets provisoires. Celui qui y aura succombé pourra intenter la complainte, s'il est dans les conditions exigées, c'est-à-dire s'il a été possesseur annal *animo domini* et dépouillé depuis moins d'un an.

Au point de vue juridique, elle se fonde d'abord sur l'article 2060 qui nomme expressément la réintégrande avec l'indication de ses caractères principaux.

Cet article, relatif à la contrainte par corps, ne prouve rien ; car la pratique française, tout en conservant à la réintégrande son nom propre, en faisait une plainte (1).

Ce nom servait simplement à distinguer les occasions dans lesquelles elle était observée (2). Les auteurs du Code de procédure civile sont restés muets et par cela même ont entendu se rapporter à la pratique antérieure.

Le plus fort argument législatif est sans doute l'article 6-1° de la loi du 25 mai 1838. Il énumère les trois actions possessoires. La loi de 1838 sur les juges de paix est une loi sur la compétence. Sans s'arrêter à la discussion de l'unité ou de la pluralité des actions possessoires, elle a posé le principe qu'elles seraient toutes de la compétence des juges de paix (3).

Cette explication ressort du texte qui, après la plainte, dénonciation de nouvel œuvre, réintégrande, ajoute toutes autres actions possessoires et on n'a jamais pu en trouver d'autres.

De plus, si le Code de procédure passe sous silence la réintégrande, son article 23 soumet l'exercice de toutes les

(1) Planiol, I, p. 344.

(2) Garsonnet, I, p. 431.

(3) Voir à ce sujet la discussion de la loi du 25 mai 1838 sur les juges de paix qui prouve bien l'intention du législateur de ne point trancher la question, déjà discutée à cette époque.

actions possessoires (1) aux conditions indiquées pour la plainte.

La jurisprudence invoque des considérations d'intérêt public. Si la réintégrande n'existait pas (2), le détenteur serait sans défense contre toute attaque injuste et violente et après son expulsion, il ne pourrait rentrer en détention que de la même façon.

Il y a là uniquement une conséquence forcée de la théorie possessoire subjective française. Le détenteur n'a aucun droit, aucune situation protégée par rapport à la chose qu'il détient. Un locataire est aussi étranger qu'un tiers à l'immeuble qu'il habite. En rétrécissant indéfiniment la notion possessoire, il fallait s'attendre à augmenter aussi le nombre des détenteurs intéressés sans protection possessoire.

Cet inconvénient, ce n'était pas à la jurisprudence à y obvier (3). Aucune considération d'équité ne peut faire fléchir le grand principe « aucune action sans loi ». Du reste, le détenteur n'était pas tout à fait laissé sans ressources ; comme tout individu lésé, il avait droit à l'action de l'arti-

(1) Bonfils et Beauchet, *Procédure*, p. 87.

(2) Bonfils et Beauchet, *Procéd.*, *loc. cit.*

(3) La jurisprudence tire toutes les conséquences de sa théorie. Celui qui a demandé, sur le fondement de la possession annale, à être maintenu dans cette possession ne peut prétendre ensuite devant la Cour de cassation que son action a été mal à propos rejetée comme plainte, parce qu'elle est une réintégrande (Req., 1838, S. 39, 1. 605 ; Req., 1888, S. 89.1.100). — L'introduction d'une demande en réintégrande ne constitue pas une demande nouvelle, puisque provisoire, dans une instance en plainte : Req., 18 novembre 1873, S. 74.1.218.

de 1382 du Code civil. Il lui fallait prouver qu'il était résulté de la dépossession un dommage personnel et la violence exercée sans droit aurait facilité la preuve d'une faute suffisante de son auteur. La situation du détenteur n'aurait pas été protégée parce que détenteur.

Pour la réintégrande, violant ainsi d'une façon formelle la théorie du Code, la jurisprudence protège la détention valable comme telle à ses yeux et le détenteur, ayant prouvé la détention et la dépossession violente, n'aura à faire la preuve ni du dommage, ni de la faute.

Ainsi conçue, la réintégrande n'est plus une action possessoire. Elle est une action personnelle délictuelle contre l'auteur de la dépossession et ses complices, donnée à tous ceux qui ont été lésés dans leur situation acquise paisiblement et publiquement (1). Pour des raisons qui ne se comprennent guère, le législateur leur a étendu certaines conséquences des actions possessoires et le plus fâcheux c'est qu'il a donné compétence pour en connaître au juge de la situation de l'immeuble ; il a commis ainsi une dérogation aux principes généraux de la procédure (2).

La jurisprudence a pu faire œuvre utile ; mais en tortu-

(1) Cette doctrine s'éloigne de celle de Savigny. Elle a sur celle-ci le mérite de ne pas admettre deux principes contradictoires, l'action délictuelle accordée au seul possesseur *animo domini*.

(2) L'article 59 du Code de procédure civile décide au contraire qu'en matière personnelle le défendeur sera assigné devant le juge de son domicile et l'article 4 en fait une application aux juges de paix. De plus, la loi de 1838 n'a en rien modifié la compétence de ces magistrats *ratione personæ* ; pour les actions possessoires immobilières, voir article 3 du Code de procédure civile.

rant les textes, elle a distingué où le législateur ne l'avait pas fait. Malgré tout, la réintégrande reste confondue avec la complainte et vu les textes, nous ne pouvons que le déplorer, sans le nier (1).

Droit allemand. — Les actions possessoires, réglées par les articles 861 à 864 du Code civil allemand, ont toutes pour objet de remettre le possesseur troublé ou dépossédé dans la situation antérieure à la voie de fait.

Elles n'ont aucunement le caractère d'actions délictuelles que leur donnait le premier projet d'après la doctrine de Savigny. Ce sont des actions réelles et dans une telle action, ne peut être comprise une réclamation en dommages-intérêts pour le préjudice antérieurement causé. Une telle réclamation est personnelle, délictuelle et suit des règles différentes des actions possessoires.

Cependant, se plaçant toujours au point de vue possessoire, le législateur permet de préserver la possession de troubles éventuels et ultérieurs.

Les termes qu'il emploie montrent aussi que, quelle que soit la nature de la lésion subie par le possesseur, l'action intentée est une (2). Il n'y a point une réintégrande, une

(1) La doctrine est très partagée. — V. dans le sens de la jurisprudence, Aubry et Rau, *loc. cit.* — *Contrà* : Troplong, I, 303 et suiv. ; Garsonnet, I, § 130 A et 137.

(2) L'ordonnance de procédure ou *Process-Ordnung* de Frédéric-le-Grand (1782) avait déjà réuni en un seul tous les moyens de défense judiciaire de la possession. L'ordonnance judiciaire ou *Gerichts Ordnung* de 1793, suivi par le *Landrecht* de 1794, avait reproduit cette unité. Le *Landrecht* avait étendu cette action à tous les posses-

complainte et une dénonciation de nouvel œuvre ; il y a, à chaque fois, l'exercice de la même action.

La protection judiciaire s'étend aussi bien aux meubles qu'aux immeubles. Elle est ouverte à la possession telle que la définit le Code allemand.

Alors que la défense et la reprise personnelle, procédés manuels et rapidement exécutoires, sont données au détenteur subordonné, la protection judiciaire leur fait défaut. Cette différence de traitement du même instrument dans les deux hypothèses s'explique facilement. Le possesseur, dans le cas de reprise ou de défense personnelle, aurait vu son droit s'éteindre en son absence, si le domestique n'avait pu agir à ses lieu et place.

C'est bien souvent, pour garder la chose, en écarter les intrus animés de mauvaises intentions que le possesseur a pris ces serviteurs. Au contraire, quand il s'agit d'intenter une action en justice, aucune de ces raisons n'existe. Le possesseur a le temps, son droit ne s'éteint que par un délai d'un an écoulé depuis la voie de fait. L'introduction d'une action est une chose grave qui demande à être bien pesée.

Il est de plus évident que le détenteur subordonné n'a aucun intérêt à introduire une instance. Simple instrument,

seurs parfaits et imparfaits et même aux simples détenteurs, sauf contre les possesseurs de qui ils exercent le pouvoir (V. Cornil, p. 479 et 480).

Cette action est donnée au possesseur et au détenteur contre tout individu qui possède vis-à-vis d'eux *clam aut vi*. Elle porte le nom de *summarissimum*. — Sur cette action au cours du moyen-âge, voir Bruns, *Besitz im Mittelalter*, p. 437-442.

Landrecht, I, 7, articles 146 à 162 et 144, traduction dans Cornil.

il n'acquerra rien pour lui et somme toute, il n'a rien perdu par le trouble et la dépossession de son maître. Celui-ci seul aura donc le droit d'agir en justice (1).

Le possesseur médiat a, dans les mêmes conditions que l'immédiat, les actions possessoires. Cependant il faut que l'atteinte portée matériellement par une voie de fait à la possession immédiate rejaillisse sur lui (2).

Si, dans le temps de la voie de fait, le possesseur décède, son héritier, aux termes de l'article 857, pourra agir contre l'usurpateur, sans avoir à prendre possession. Il y aura grand intérêt, car s'il laisse expirer les délais fixés par l'article 864, son droit s'éteindra tout comme si le *de cujus* avait survécu (3).

La possession exigée ici n'a pas besoin de présenter des caractères spéciaux. Logique avec lui-même, le législateur a posé en principe que, dès qu'il y a possession, il y a lieu à la protection possessoire. A l'inverse du droit français, il n'exige ni une possession annale, ni une possession à titre de propriétaire. Il faut uniquement un pouvoir de fait suffisant aux yeux des tiers.

Passivement, l'action devra être intentée contre l'auteur

(1) Cette solution s'éloigne de celle admise par la jurisprudence française pour la réintégrande. Il est vrai que c'est plutôt une question de mots, la jurisprudence de la Cour de cassation n'admettant à son bénéfice que les détenteurs intéressés. Cependant, passivement notre action s'étend à tous les auteurs de la dépossession, tandis qu'il n'en est pas de même en droit allemand.

(2) Wendt refuse au possesseur médiat l'exercice des actions. — Voir *suprà* ce qui est dit sur la voie de fait illicite, p. 70 et suiv.

(3) Articles 1922 et 829, *suprà* p. 55 et suiv.

du trouble ou de la dépossession et contre tous ceux qui l'ont remplacé dans ses rapports avec la chose. Cette règle, sans doute, qui est une conséquence normale de la réalité de l'action, est contrariée par la nature de fait de la possession et la relativité du vice (1).

Pour qu'elle soit possible, il faut que l'auteur de la voie de fait ou ses successeurs responsables aient encore en main l'objet qu'il a enlevé ou que le trouble subsiste. Dans le cas où l'objet a péri ou bien si le trouble a cessé, le possesseur ne peut obtenir la remise en l'état antérieur au trouble ; l'action est éteinte et il ne lui reste plus qu'à intenter contre son adversaire une demande en dommages-intérêts dans les conditions et suivant les formes prescrites par la loi (2).

Pendant très longtemps, le possesseur qui intentait une action possessoire ne pouvait joindre à la même instance une action en dommages-intérêts pour le préjudice causé antérieurement. Si cette prohibition était conforme à la nature des choses, elle n'en constituait pas moins une gêne générale. La dualité d'instances dont l'origine était la même voie de fait était pour le fisc une source de revenus dont les justiciables se plaignaient avec raison. Une loi du 17 mai 1898 permet d'unir l'action personnelle et l'action posses-

(1) La nature de fait de la possession aura pour effet de supprimer les vices de la possession à chaque fois qu'elle changera de mains, sauf les restrictions apportées par la loi. Ainsi l'action possessoire du Code civil allemand reviendra à une action contre l'auteur du trouble, pour remettre les choses en l'état ancien, quand c'est possible.

(2) Articles 823 et suivants du Code civil.

soire, tout en leur conservant leur nature tout à fait différente. Elle évite ainsi une répétition de plaidoiries sur le même sujet et une perte de temps pour les juges (1).

Les deux actions ainsi unies seront toutes les deux principales. On ne peut pas dire de l'une qu'elle est accessoire de l'autre.

Non-cumul. — Le droit allemand n'en a pas moins conservé l'ancienne séparation entre le possessoire et le pétitoire. L'article 863 qui la proclame est fort obscur et ne semble pas poser un principe général.

L'article 232-2° de la *Process Ordnung* a été modifié d'une façon peu correcte et il n'en ressort plus avec la même netteté le maintien du non-cumul. Quelques auteurs, férus de la nature de droit de la possession, donnent à cet article, éclairé par l'article 863 du Code civil, une signification toute différente.

Pour eux, il n'y a là qu'une application de l'article 232-1°. Sans doute, rien ne s'oppose à ce que dans une instance le défendeur puisse arguer de son droit supérieur à celui de la possession elle-même, droit intérimaire et de second ordre. Mais il ne faut pas qu'à ce propos il puisse faire intervenir dans l'instance un argument qui n'ait aucun rapport

(1) L'article 232-2° de la *Civil Process Ordnung* a été par cela même abrogé. La prohibition qu'il contenait correspondait à celle du pétitoire dans les mêmes questions. La possession ne peut pas plus être un droit qu'un droit personnel et la voie de fait qui donne lieu à l'action n'atteint qu'une situation matérielle et non un droit.

juridique avec la possession (1). Un individu, ayant contre un autre une obligation, lui enlève la possession d'un objet. Si le débiteur se plaint de sa possession, l'autre ne pourra lui opposer sa dette. Quoi de plus naturel que d'empêcher de répondre à une action principale par une défense qui n'y correspond point ?

Dans cette doctrine, chaque fois que le droit pourra être opposé, il n'y aura point une exception, mais une défense au fond de la possession (2) et l'action sera non point seulement repoussée, mais tombera faute d'objet.

Sans doute, dans les actions des articles 861 à 863 où il s'agit uniquement de rétablir un état antérieur, toutes les exceptions touchant au fond même du droit seront exclues; le demandeur veut simplement être replacé dans une situation de fait, un peu à la façon de réparation délictuelle et, par cela même, il y aura exclusion de toutes celles qui tou-

(1) Förtsch, p. 64 : « La défense de lier le possessoire et le pétitoire (art. 25, C. proc. civ. franç.) n'est pas dans le Code civil et n'a pas trouvé place dans la procédure civile. A ce sujet, rien. » Cosack, § 190. — Voir *suprà*, p. 39.

Parmi ceux qui font de la possession un droit, beaucoup acceptent la prohibition du cumul. Gierke le premier trouve dans l'article 863 un principe absolu. Gierke reste logique avec sa doctrine ; car la possession pour lui est un état de droit en dehors de tout élément subjectif juridique qui l'autorise. — V. *suprà*, p. 53.

(2) « Une défense est tout moyen proposé par le défendeur pour établir que la prétention du demandeur est mal fondée ou que le droit réclamé n'a jamais existé ou s'est éteint. En invoquant cette défense, le défendeur repousse directement, au fond du droit, l'action du demandeur. » Bonfils et Beauchet, p. 97.

Une exception, au contraire, est tout moyen préjudiciel par lequel le défendeur se dispense de répondre jusqu'à ce que certains vices soient purgés, sans contester la valeur du fond même de la demande.

chent au droit de la possession aussi bien que de la propriété. Un individu est dépouillé de sa possession par une voie de fait illicite, il intente l'action de l'article 861. Il s'appuie sur une voie de fait, et il n'a qu'à prouver qu'avant la voie de fait il possédait et que cette voie de fait est illicite. Son adversaire n'aura qu'à faire la preuve contraire ; il aura à répondre d'une voie de fait illicite ayant occasionné un dommage.

Il en sera tout autrement dans l'hypothèse de la revendication de possession. Le possesseur antérieur devra montrer qu'il a conservé la possession et le défendeur pourra opposer un droit préférable au droit de possession.

Cette théorie n'est pas celle du Code. Quoiqu'ayant été supprimé, le deuxième alinéa de l'article 232 du Code de procédure civile n'en subsiste pas moins à l'état de principe. Il s'explique par la nature même de l'action possessoire ; car elle a pour fondement une altération d'un état de fait et nullement une privation d'un droit qui n'existe pas. Même dans le cas de l'action en revendication de possession, le pétitoire et le possessoire ne seront point cumulés et ce ne sera que par faveur spéciale du législateur qu'on pourra opposer une exception tirée du droit même à l'action possessoire (1).

L'usufruitier qui a acquis la possession par une voie de fait illicite n'aura pas à se préoccuper de savoir s'il est ou non usufruitier. Il a enlevé la possession illégalement et le

(1) Planck, sur articles 1007 et 863.

droit réel qu'il invoque ne lui a pas donné par hypothèse le droit de commettre une voie de fait.

L'article 232-2° de la Civil Process Ordn. et l'article 25 du Code de proc. civ. français. — Le non cumul du possessoire et du pétitoire a donné en France naissance à de très graves controverses.

Envisagé au point de vue judiciaire, l'article 25 du Code de procédure civile signifie que le juge du possessoire ne peut admettre ou rejeter l'action possessoire par des motifs tirés exclusivement du fond du droit : « Il ne peut non plus ni préjuger le pétitoire par le dispositif de son jugement, ni dénier le possessoire comme étant inséparable du pétitoire, ni même surseoir à statuer sur le possessoire, en le subordonnant au jugement à intervenir sur le pétitoire » (1).

Il y a ainsi cumul en droit français quand un juge, saisi d'une complainte, maintient le demandeur en possession, sous prétexte qu'il est propriétaire ou que la propriété lui a été reconnue par jugement (2).

La Process Ordnung, répétant exactement les termes de l'article 25 du Code de procédure civile, en adoptait même le sens, et ce ne sont pas les modifications de 1898 qui ont pu l'altérer.

La jurisprudence allemande est de cet avis. Elle refuse au défendeur le droit d'intenter une demande reconvention-

(1) Aubry et Rau, p. 210.

(2) Civ. cass., 16 mars 1841, S. 41.1.196 ; Civ. cass., 11 janvier 1865, S. 65.1.88. — V. de même : Civ. cass., 28 juin 1882, S. 82.1.460, Civ. cass., 8 août 1888, D. P. 89.1.120.

nelle pétitoire, en vertu de l'article 33 de la Process Ordnung qui veut un rapport juridique entre la demande principale et la demande reconventionnelle (1).

Dérégulation. — L'article 864-2° du Code civil allemand contient une dérogation au principe. Il suppose une voie de fait illicite ; ensuite, une décision judiciaire ayant force de chose jugée a décidé que l'auteur de la voie de fait avait un droit lui permettant de réclamer un état de fait conforme à sa manière d'agir.

Il y a là, à n'en point douter, une dérogation au non-cumul. Un individu dépossède ou trouble une possession par une voie de fait illicite. Ensuite la justice déclare qu'il avait droit à la possession. Il n'en a pas moins commis une voie de fait qui est illicite (2).

Cette disposition suppose deux actions séparées qui rejaillissent l'une sur l'autre. Le défendeur à l'action possessoire opposera son droit reconnu en justice et l'action sera recevable. Il y aura là une fin de non-recevoir péremptoire.

Au contraire, malgré sa rédaction, l'article 863 ne contient aucune dérogation au principe. Les actions possessoires

(1) Code allemand, *Lég. étr.*, sous l'article 763.

(2) Cette disposition est une innovation du Code allemand. Elle veut éviter qu'après une instance qui aurait prouvé le droit à la possession d'un individu, l'autre partie pût lui reprendre la possession sous prétexte qu'elle est vicieuse à son égard. D'où une nouvelle action de l'adversaire qui a un droit reconnu, pour le faire respecter. On aurait une série d'actions que le texte écarte. Il faut une décision judiciaire, postérieure à la voie de fait, ayant force de chose jugée, mais la contestation juridique peut être aussi bien antérieure que postérieure à la voie de fait.

res exigent pour leur exercice une voie de fait illicite. Il faut donc prouver que la voie de fait n'était pas seulement l'exercice normal du droit du possesseur, et par là même il sera permis au défendeur de faire appel à son droit. Si la loi a établi en sa faveur une exception, il doit pouvoir l'établir.

Conditions.— La voie de fait illicite sert perpétuellement de fondement aux actions possessoires (1). Ainsi la possession sera toujours viciée au point de vue théorique vis-à-vis du dépossédé ; mais il est bon que l'exercice des actions ne soit pas trop retardée.

La prescription extinctive de droit commun est trop longue et le droit romain admettait déjà une prescription annuelle pour les interdits (2).

Le Code civil allemand l'a suivi. Cette prescription n'est susceptible ni d'interruption, ni de suspension et le point du départ est le jour même de la voie de fait (3). Il n'importe pas que le possesseur lésé ait connu la voie de fait,

(1) Planck, sur l'article 863. — La possession qualifiée de viciée reste ainsi, tant qu'elle est entre les mains de ceux à qui le vice est opposable. Nous avons même admis qu'il n'y avait point du tout de possession. L'action qui permet de reprendre son pouvoir de fait s'éteint. Aussi quand les actions qui sanctionnent une obligation se prescrivent, elles n'en subsistent pas moins.

(2) Girard, *passim*.

(3) Cette prescription tire sa raison d'être de l'expérience. — Les faits qui prouvent la voie de fait illicite s'obscurcissent rapidement et la preuve contraire serait très difficile. Le défendeur, voulant prouver la légalité de son acte, serait souvent désarmé devant un adversaire qui aurait attendu la déperdition des circonstances justificatives et le ferait succomber sans peine.

plus ou moins tardivement. Il y a un élément purement objectif à considérer, la voie de fait, et il suffit de compter un an depuis le jour où elle a eu lieu (1).

Comme corollaire à cette condition l'action sera irrecevable, si le réclamant avait acquis du possesseur actuel la possession dans l'année antérieure au trouble et au moyen d'une voie de fait illicite.

Celui-ci ayant le droit d'intenter une action possessoire a mieux aimé se faire justice lui-même. Il aurait pu agir immédiatement après sa dépossession dans les conditions requises par l'article 859, mais il ne l'a point fait ; il n'en reste pas moins en face d'une possession vicieuse ou mieux d'une possession qui ne lui est pas opposable et qu'il exercera de nouveau vis-à-vis de son adversaire (2).

Il n'y a point là une *exceptio vitiosæ possessionis*, mais

(1) La prescription est d'ordre public, d'après la jurisprudence allemande ; elle peut être invoquée pour la première fois devant le juge de cassation. Elle doit être déclarée d'office par le juge. Il y aurait là un peu, ce qui se passerait pour le droit criminel. Les autres prescriptions, étant d'ordre privé, sont des exceptions, et il n'y a aucune raison d'agir autrement ici. Le fondement de la prescription de l'article 864 peut aussi bien être celui de toute prescription extinctive. Ce serait la renonciation présumée de celui qui peut les exercer. — V. cependant : Code civil allemand, *Lég. étr.*, sous l'article 864 et la majorité des auteurs allemands. — Pour la procédure, voir l'article 107, Process Ordnung.

(2) Il n'agira pas suivant le droit. La voie de fait qu'il exercera sera illicite et pourra être repoussée par la force.

De plus, s'il cause un préjudice à son adversaire par la reprise de la chose, il sera passible de dommages-intérêts pourvu qu'il y ait faute de sa part. Le demandeur débouté aura ainsi tout intérêt à repousser la voie de fait illicite par la force ; car la seule protection personnelle lui est accordée.

un fait exclusif de l'action. Pour que ce fait entre en ligne de compte, il n'est pas nécessaire que le défendeur le fasse valoir, le juge pourra y suppléer d'office ; mais le fardeau de la preuve incombera au défendeur.

Si la dépossession se comprend fort bien matérielle, elle peut aussi se concevoir autrement. Le bailleur peut être dépossédé, sans que le possesseur immédiat le soit. Ce peut même être par lui. La loi exige toujours une voie de fait et ceci rétrécira singulièrement le domaine d'application des actions possessoires des articles 861 et 862 (1).

Bénéficiaires. — Les seuls trouble et dépossession écartés par les actions possessoires sont dirigés contre la possession immédiate, c'est-à-dire contre le pouvoir matériellement exercé sur la chose (2).

Le possesseur médiat n'a droit aux actions que s'il y a dépossession de l'immédiat sans son consentement ; sans quoi le possesseur immédiat lui-même a contredit au droit du médiat et il y a entre les deux une contestation, une lésion faite à l'un par l'autre (3).

Cependant dès l'instant où il y a eu voie de fait illicite,

(1) La possession médiante n'étant pas le pouvoir de fait matériellement exercé sur la chose, la dépossession consistera à prétendre à un droit sur la chose exclusif de celui du possesseur médiat. Il y a là une contestation sur le fond même d'un droit qui n'est point susceptible de donner naissance à une action possessoire.

(2) Voir *suprà*, p. 129 et suiv.

(3) Entre les deux, il pourra y avoir une contestation sur le titre qui établit le rapport de subordination du possesseur immédiat, ce qui est tout à fait du pétitoire. Il en est de même s'il y a voie de fait permise par le possesseur immédiat.

le possesseur médiat peut agir aussi bien que l'immédiat lui-même. Se basant sur la possession violée par la voie de fait, il demandera la remise en l'état antérieur ; le possesseur immédiat reprendra le pouvoir direct sur la chose au nom du possesseur médiat comme avant le trouble ou la dépossession.

Si, après la voie de fait, le possesseur immédiat adhère à sa dépossession ou au trouble, l'action à laquelle il renonce n'en reste pas moins au possesseur médiat. L'article 869 est formel sur ce point.

Il était nécessaire de le dire dans une loi ; si on admet la théorie de Gierke, la possession médiate est protégée comme l'immédiate et par les mêmes actions. Une voie de fait illícite peut avoir lieu même uniquement contre la possession médiate. Mais avec Wendt, elle n'est appelée qu'au bénéfice de l'article 869.

On aurait pu concevoir en effet que le possesseur immédiat, par son adhésion, supprimât l'action du possesseur médiat. Mais il aurait fallu que la voie de fait pût être validée après coup. L'article 858 aurait demandé au possesseur un agrément postérieur aussi bien que concomitant à la voie de fait, en un mot une adhésion aussi bien qu'un consentement.

C'était sans doute lui donner un sens qu'il n'a point. Par son adhésion postérieure, le possesseur immédiat renonce simplement à l'action née de la voie de fait à son profit, mais il ne peut renoncer à une action née au profit d'un autre.

Le possesseur médiat pourra intervenir dans des instances où est engagé le possesseur immédiat, seul, non point parce que possesseur, mais parce qu'intéressé (1).

Si le possesseur immédiat ne veut ou ne peut reprendre la puissance matérielle, le possesseur médiat a le droit de reprendre la chose pour lui-même.

Le droit de reprise personnelle lui est enlevé contre le possesseur immédiat. Il n'a pas même le droit de le repousser par la force. Mais s'il y a atteinte à son patrimoine, il peut invoquer les articles 227 à 229 et suivants contre lui. Ce n'est point comme à titre de possesseur immédiat, mais comme tous ceux dont le patrimoine ou la personne ont été menacés ou lésés sans droit (2).

Le droit à l'action sera cédé par le possesseur médiat en même temps qu'il transfère sa possession (3).

Le possesseur d'une partie divise de la chose et le coposseur auront dans la limite de leurs droits les actions, au même titre que les possesseurs du tout, contre ceux qui viendraient les léser. Le possesseur d'une partie divise sera très exposé à en user. Les conflits seront plus fréquents entre deux possesseurs, ayant des droits distincts et séparés sur une chose. Il faudra, sans aucun doute, observer la règle du non-cumul et ce sera souvent difficile.

(1) Entre autres, dans le cas de l'article 66 de la *Process Ordnung*. — V. Planck, Article 869.

(2) Droit commun.

(3) Argument de l'article 870. — L'assentiment du possesseur immédiat ne sera plus nécessaire. Si donc la déposssession a été perpétrée avant la cession, le possesseur médiat pourra céder l'action qui est ce qui reste de la possession.

Pour le copossesseur, la question serait assez délicate, si le législateur n'avait pris soin de distinguer les cas où il y a derrière l'action possessoire une vraie contestation sur le fond. Lorsqu'il y a contestation sur les rapports réciproques des copossesseurs, il faut s'en référer aux titres qui ont donné naissance à la copossession.

Les copossesseurs peuvent posséder dans le même but, locataires ou bien possesseurs d'une chose dont ils sont propriétaires, ou dans des buts différents, les uns comme locataires ou comme usufruitiers, les autres enfin comme propriétaires (1).

Les actions qu'ils auront en puissance pourront avoir pour but une remise plus ou moins pleine de la chose entre leurs mains.

La voie de fait sera illicite lorsqu'elle aura eu lieu sans l'agrément de tous les copossesseurs immédiats. Ainsi la volonté d'un seul peut empêcher le trouble et la dépossession de s'accomplir. Tous les copossesseurs, même ceux qui avaient donné leur consentement, sans aucun doute pourront invoquer le trouble illicite. Ces derniers ont seulement renoncé à exercer l'action possessoire, mais si un autre l'intente, ils en profitent et sont ainsi remis malgré eux en copossession (2).

(1) Planck, sur l'article 869. — Le droit de chacun des copossesseurs n'est pas forcément le même, mais il doit porter sur le même objet.

(2) Les tiers qui auraient été de bonne foi dans la dépossession auront contre ceux qui avaient adhéré une action en dommages et intérêts, s'ils ont commis une faute. En tous cas, ils pourront répéter ce qu'ils leur

Dans les rapports entre les copossesseurs d'ordre différent, il est nécessaire d'appliquer les règles de la possession médiate et immédiate.

Entre copossesseurs, il faut distinguer. Si l'un des copossesseurs est dépossédé par un autre, sans que celui-ci prétende à un droit, l'article 866 n'exclut nullement les actions possessoires. S'il s'agit de savoir dans quelles limites chaque copossesseur peut user de la chose, il faut étudier le droit de chacun à la possession et l'article 866 renvoie avec raison au pétitoire.

La copossession (1) peut très bien exister sur une partie divise (2) et les règles étudiées ici s'appliquent intégralement.

Trouble et dépossession. — Les conditions d'exercice de l'action possessoire varient, qu'il s'agisse d'un trouble ou d'une dépossession. Le trouble n'est pas défini dans la loi et si la dépossession consiste dans la privation complète du

avaient donné pour prix de leurs parts. — Voir Code civil allemand, *Lég. étr.*, sur l'article 866.

Il est des cas où la voie de fait cesse d'être illicite, lorsqu'elle est permise par la majorité des copossesseurs. — V. pour les sociétés : Code de commerce allemand, article 125.

(1) La copossession, en droit allemand, suppose un pouvoir de fait sur une chose appartenant à plusieurs individus par indivis. Entre eux les copossesseurs ont droit à une quote-part de la possession. Les tiers doivent s'en désintéresser.

(2) Le premier projet, dans son article 817, étudiait d'une façon particulière la copossession sur une partie divise de la chose. La seconde commission a biffé cette disposition, la jugeant inutile en face des articles 865 et 866.

possesseur, il est plus difficile de qualifier exactement le trouble. Ce sera tout acte matériel qui empêche l'exercice normal de la possession. Un locataire est expulsé par le propriétaire de l'immeuble qu'il a loué, il y a dépossession. Au contraire, on ferme à clef une porte donnant sur un jardin intérieur dont la jouissance appartenait au locataire, sans contester son droit ou on encombre son vestibule. Dans ces hypothèses, il y a un trouble (1) plus ou moins considérable. Le trouble peut varier d'intensité, la dépossession est absolue.

Le trouble doit être durable. S'il est passager, Planck exige une condition supplémentaire, il faut qu'on puisse craindre des troubles ultérieurs durables (2). On sait du reste que le trouble passager, pas plus que la dépossession passagère, ne gêne la possession. Le trouble peut résulter d'une possession nouvelle qui, sans la contredire, gêne l'exercice normal de celle qui existe. Un individu possède un champ comme locataire et le propriétaire élève une maison dessus. La possession est troublée.

Si, par suite du trouble lui-même, des troubles durables prenaient naissance, il y aurait responsabilité totale de celui qui en est l'auteur. Cette obligation découle de l'objet même de l'action et tout ce qui modifiera l'état antérieur par sa

(1) Dans le premier exemple, il y a presque une dépossession pour le jardin. Ce qui montre qu'il sera souvent difficile de distinguer le trouble de la dépossession. Dans l'un, le pouvoir de fait sera gêné, mais non perdu ; ce sera l'inverse dans l'autre.

(2) Si les troubles ne sont pas durables, la possession se rétablira d'elle-même après sa disparition. — V. Planck, sur l'article 862.

faute devra être rétabli à ses frais. Souvent ce sera une charge fort lourde (1).

Si, dans une action possessoire, le possesseur se fonde sur un trouble, il peut demander une protection contre de nouveaux troubles à craindre. Il faut, sans aucun doute, qu'il y ait un rapport entre le trouble présent et les troubles futurs, mais il suffit d'une relation quelconque qui n'a même pas besoin d'être juridique ; il est inutile que les uns soient conséquence de l'autre (2). Un individu passe sans droit sur un champ. Le possesseur l'attaque en justice et pourra lui faire défense (3) de le troubler à nouveau.

Il y a une renaissance de la *cautio damni infecti*. Seulement le législateur exige un trouble déjà consommé et en faisant craindre d'autres.

La protection judiciaire se ressemble dans tous les pays.

(1) Une usine de carbonate de soude établit un dépôt de résidus à proximité d'une maison et d'un jardin. Par ses odeurs, ce dépôt gêne la possession de la maison et du jardin ; il devra être démoli et le propriétaire de l'usine serait responsable de tout ce qui serait la conséquence directe de ce trouble pour l'avenir. Ainsi si le fonds devient aride, il devra payer de grosses indemnités.

(2) Il faut qu'il s'agisse de la même chose et en général que les troubles soient de même nature.

(3) Celui qui contrevient à l'ordre donné de ne pas faire quelque chose peut être condamné par le tribunal de première instance à une amende de 500 marks au plus ou à l'emprisonnement jusqu'à six mois sur la plainte de celui qui a obtenu l'ordre. « Il peut être aussi, sur les conclusions de son adversaire, condamné à fournir une caution pour un temps déterminé à raison du dommage qui pourrait résulter d'une nouvelle contravention. » Code de procédure civile allemand, article 775, *in fine*.

Dans la théorie objective, la possession, ayant uniquement pour objet des choses, ne sera protégée comme elle que contre des voies de fait matérielles et le Code allemand est logique avec lui-même. L'avant-projet suisse a adopté les mêmes principes (1).

(1) Pour la possession des droits qu'il admet, le législateur suisse exigera un acte matériel qui puisse empêcher l'exercice normal de ceux-ci.

PROTECTION SPECIALE DE LA POSSESSION MOBILIÈRE

Fondement. — La possession mobilière est déjà favorisée dans la loi allemande. Elle constitue une présomption de propriété, suivant certaines conditions.

En outre, la possession elle-même, en tant qu'état de fait, est protégée par deux actions, l'action en reprise d'une chose mobilière passée sur le fond d'autrui (art. 867) et l'action en revendication de possession (art. 1007).

Tous ceux qui admettent la nature de droit de la possession considèrent qu'il n'y a là que l'exercice normal du droit de suite. Par la nature même des meubles, la possession et la propriété qui constituent des droits de même nature mais de rang différent, sont soumis aux mêmes causes de perte. Cette assimilation entre elles ressort très nettement des termes mêmes de la loi et les mêmes défenses pourront être opposées dans la revendication de l'une et de l'autre (1).

Il n'est nullement besoin de nier la nature de fait de la possession pour expliquer la revendication de possession (2). Elle s'appuie uniquement sur le droit meilleur d'un individu à la possession. Il ne s'agit nullement d'un droit de possession.

(1) Saleilles, *Possess. des meubles*, p. 280.

(2) Cosack, p. 88.

La différence entre le droit à la possession et le droit que serait la possession est évidente. Par exemple, un acquéreur d'immeuble, dès que le contrat de vente a été signé, a droit à la propriété, mais il n'acquiert le droit de propriété qu'après l'inscription sur les livres fonciers. De même la revendication de possession sera fondée sur le droit meilleur du demandeur (1) à exercer les avantages de la possession. L'action en reprise d'un objet tombé sur le fond d'autrui n'est rien moins qu'une servitude grevant ce fonds.

Action en reprise (art. 867). — L'article 867 considère l'hypothèse où une chose, sortie des mains de son possesseur, est passée sur un fonds possédé par autrui ; celui-ci doit en autoriser la recherche et l'enlèvement, à moins que dans l'intervalle elle n'ait été l'objet d'une prise de possession.

Il faut que la chose soit passée sur un fonds étranger, c'est-à-dire un fonds qui se trouve sous la possession d'autrui. Il est indifférent qu'elle y soit arrivée par hasard, grâce à un tiers (2) ou même par la faute du possesseur du fonds (3), et peu importe que le possesseur antérieur ait perdu ou

(1) Planck, sur l'article 1007.

(2) Dans cette hypothèse, si le possesseur du fonds a pris possession, il pourrait y avoir lieu à revendication, suivant les termes de l'article 1007 ; mais si les conditions qu'il exige ne sont pas remplies, le possesseur antérieur n'aurait aucun moyen de rentrer en possession de la chose.

(3) L'article 858 est applicable au possesseur du fonds.

Les actions ordinaires exigent pour leur exercice des conditions beaucoup plus sévères. Les preuves positives qui incombent au demandeur sont assez nombreuses en général ; ici, il n'y en a qu'une.

non son pouvoir de fait par le départ de la chose. Il n'aura qu'à prouver qu'il était possesseur et que la chose est passée sur le fonds d'autrui. Il y a ainsi une première condition positive, le fait du départ de la chose. Un individu laisse tomber des pièces d'or au milieu d'enfants jouant dans une cour ouverte ; il leur crie de les ramasser et de les lui rendre. S'ils n'obéissent pas, il peut aller les rechercher (1).

Une condition négative est imposée par le texte. Il ne faut point qu'il y ait prise de possession dans l'intervalle. Les raisons qui faisaient accorder au possesseur antérieur l'action en reprise seraient inverties. Si l'équité exige que le possesseur puisse reprendre la chose, tant qu'il n'a pas été remplacé, on ne peut concevoir qu'il en soit de même lorsqu'un autre a exercé le pouvoir de fait à sa place ; car cet autre est devenu possesseur et c'est à lui qu'appartient éventuellement le droit de reprise.

De là, il est indifférent que la prise de possession intermédiaire ait été régulière ou non. Le vice de la possession est relatif et il n'est pas opposable au possesseur du fonds, sauf s'il est lui-même l'auteur de la voie de fait ou un de ses successeurs responsables. Dans ces dernières hypothèses, l'article 859 accorde à la victime une protection très large comprenant le droit de reprendre la chose.

Il n'est pas besoin que la prise de possession ait duré ! L'acquéreur a pu se débarrasser de la chose immédiatement (2).

(1) Cosack, II, p. 95.

(2) Ce sera le cas de l'individu qui se débarrassera de pièces com-

L'action est donnée à tout possesseur immédiat et au possesseur médiat. Ce dernier doit remettre au possesseur immédiat l'exercice du pouvoir de fait sur la chose (1).

Elle est intentée contre le possesseur immédiat et non contre le possesseur médiat ou le propriétaire (2). Ceux-ci n'ont pas en effet le pouvoir d'empêcher les actes matériels et le but (3) même de l'action est de permettre au possesseur antérieur de chercher et de reprendre la chose sur le fonds d'autrui. Cependant, à raison même des dommages que cette opération pourrait causer au propriétaire et au possesseur médiat, ils pourront intervenir dans l'instance pour sauvegarder leurs intérêts (4).

Son exercice n'est pas lié à un délai préfixe.

Le possesseur, muni de cette action, devra se borner à rechercher et à reprendre ; s'il commet des dégâts, il devra les réparer, sans qu'il puisse arguer de l'inexistence d'une faute de sa part. Il serait vraiment injuste que le fonds puisse supporter quoi que ce soit à cause de cette recherche, et c'est aux risques et périls du demandeur que l'opération aura lieu.

Contre l'action du possesseur de la chose, le défendeur ne peut rien alléguer, sauf la prise de possession par un

promettantes, parmi celles qu'il a obtenues par un vol.

(1) Article 869 *in fine*.

(2) V. cep. Gierke, p. 254. — La possession médiate n'est pas contrariée par la recherche de l'objet, puisque celui qui agit ne dénie nullement le droit du possesseur médiat.

(3) Gierke, de là, nie avec raison la nature possessoire de cette action. — V. Code civil français, article 882.

(4) V. Bonfils et Beauchet, p. 378.

autre ou par lui-même. Mais il lui est accordé une exception. Lorsqu'un danger est à craindre, il peut exiger des sûretés suffisantes, avant de laisser procéder à la recherche.

Cette exception paralyserait l'action et obligerait souvent à de longues contestations durant lesquelles la chose périrait. Aussi le législateur la refuse-t-il au possesseur du fonds au cas de péril en la demeure.

Si il empêche la reprise dans ce cas, il peut être actionné et condamné à indemniser le possesseur de la chose (1).

Il est responsable, dans tous les cas, des dégradations subies par la chose et qui sont la conséquence d'une faute personnelle. Il y a là une application du droit commun.

L'article 867 était nécessaire ; car dans la plupart des cas, la reprise aurait constitué une voie de fait illicite (2) contre la possession du fonds voisin, que le possesseur dépouillé ne fasse que le traverser ou qu'il reprenne l'objet tombé sur lui. Le possesseur du fonds aurait eu le droit de le repousser par la force (3).

Il ruine totalement le système d'Endemann au sujet de l'acquisition de la possession. Pour cet auteur, le maître acquiert la possession sur tout ce qui tombe dans le domaine domestique. Pour concilier cet article, Endemann doit faire de cette action une espèce de reprise personnelle, corollaire de l'article 859 et il en arrive logiquement, sans oser l'émettre,

(1) Dernburg, *Bürgerliches Recht*, t. III, § 28.

(2) Strohal, p. 54.

(3) L'article 867 vise des hypothèses qui sont familières. Un individu voit son chapeau enlevé par le vent et poussé dans une maison particulière. Il a le droit d'obliger les habitants à le laisser pénétrer.

à cette conséquence que le possesseur doit suivre la chose dès qu'elle lui a échappé jusqu'à son arrivée sur le fonds d'autrui (1).

Revendication des meubles. — Comme l'action précédente, elle est nettement possessoire et si son appellation lui donne un caractère un peu pétitoire, elle le tient des analogies très considérables qu'elle présente, quant à ses conditions d'exercice, avec celle de la propriété des meubles de l'article 1006.

L'un des auteurs qui ont le plus contribué à maintenir sa nature de fait à la possession, admet même que les règles de la revendication de propriété s'appliquent de droit commun, si bien que, lorsque le Code serait muet sur ce point, il faudrait s'en rapporter à ces règles (2).

Pour avoir droit à l'action, il n'est point nécessaire d'avoir un droit de possession sur la chose, mais uniquement d'avoir droit à la possession. Il y a là un fait, la possession antérieure ; on n'aura à tenir compte que des circonstances extérieures qui, soit du côté du possesseur actuel, soit du côté de l'ancien, militent en faveur d'une protection de l'ancienne possession contre la nouvelle.

Par cela même qu'il donne une action en revendication de la possession au précédent possesseur vis-à-vis de l'actuel, eu égard à la situation de fait des deux parties, le

(1) V. *suprà*, p. 92.

(2) Planck, sur l'article 1007.

législateur lui reconnaît une position préférable dans les conditions fixées par lui (1).

L'action en revendication de possession est une conséquence forcée de l'action de l'article 1006. Cette disposition établit une présomption de propriété pour le possesseur d'un meuble. S'il avait été impossible à celui qui avait été dépossédé de reprendre la chose en tous les cas, il aurait par cela même subi la perte de propriété (2). L'article 1007 obvie à cet inconvénient.

D'abord il établit entre les possessions qui se succèdent une espèce de hiérarchie ; certaines sont bonnes et par cela protégées comme états de fait ; d'autres, au contraire, semblent invalides et sont insuffisantes pour créer la présomption de l'article 1006.

Pour que la revendication de possession ait une plus grande valeur, il est nécessaire que son domaine ne soit pas exactement le même que celui de l'article 1006. En toute hypothèse, elle sera très utile pour ceux qui ne peuvent ou ne veulent pas se dire propriétaires, locataires, fermiers, tuteurs, possesseurs immédiats subordonnés à un possesseur médiat et reconnaissant son autorité. La revendication de possession leur permettra d'agir seuls sans faire intervenir le propriétaire et d'éviter une perte de temps et d'argent (3).

(1) Voir Gierke, *Fahnisbesitz*, chap. iv, p. 48 et *Privatrecht*, p. 252.

(2) Saleilles, *Possession des meubles*, p. 280.

(3) L'article 1006 exige en effet que le possesseur affirme son droit à la propriété, sans du reste prouver les faits qui l'ont rendu propriétaire. Le possesseur immédiat qui agirait ainsi commet un abus de confiance. Ainsi il ne pourrait rentrer en possession en vertu de cet article que si le propriétaire antérieur revendique sa propriété.

Même pour rendre possible la revendication de propriété, il faudrait établir un classement des possessions et par là un classement des présomptions de propriété. S'il n'en était pas ainsi, le possesseur actuel serait toujours considéré comme propriétaire envers et contre tous les possesseurs antérieurs, dès l'instant où il n'y a point de voie de fait illicite.

Sans doute, si l'action en revendication de possession ne présente aucun des caractères de l'action pétitoire, le juge aura à rechercher un droit à la possession ; ce sera dans l'état de fait possessoire lui-même qu'il trouvera les éléments de son appréciation, tenant compte d'autres circonstances de fait concernant le possesseur antérieur et le possesseur actuel (1).

Action publicienne. — Le droit romain avait connu l'action publicienne qui s'inspire de la même idée.

Le propriétaire prétorien ou celui qui a acquis *a non domino* ne devient propriétaire quiritaire qu'après les délais nécessaires pour usucaper. En attendant, s'il est dépossédé, il ne peut pas revendiquer.

Le prêteur lui accorde une action fictive de revendication. La formule dira au juge de condamner, comme si l'usuca-

(1) La théorie de Cosack laisse inexpliquée la différence de protection des immeubles et des meubles. Celui qui a acquis de mauvaise foi la possession d'un immeuble ne mérite pas plus d'être laissé tranquille que s'il avait acquis un meuble. Pour les choses volées, ceci s'explique, car le vol n'est possible que sur les meubles. Mais on peut très bien acquérir de mauvaise foi la possession d'un immeuble sans qu'il y ait par cela même voie de fait illicite. De plus, la revendication de possession n'est pas exactement calquée sur celle de propriété.

pion avait eu lieu. Cette formule ne dispense que d'une seule des conditions de l'usucapion, le temps. L'action n'est donc ouverte que si la chose est susceptible de propriété quiritaire, que quand elle n'est pas *res furtiva*, que le demandeur a pris possession, qu'il a acquis *a non domino ex jure Quiritium*, qu'il ait juste titre et bonne foi (1).

De plus, elle est paralysée par certaines exceptions. Si le défendeur est propriétaire quiritaire, il oppose l'*exceptio justi dominii*, à la condition qu'il eût pu triompher dans une revendication. De la propriété quiritaire, elle fut étendue à la possession pérégrine et provinciale.

En un mot, le droit prétorien faisait triompher le possesseur publicien, uniquement « lorsqu'il avait une possession préférable à celle de son adversaire, possession avec un juste titre et bonne foi, alors que le possesseur actuel aurait eu une possession pure et simple, manquant de l'une ou de l'autre de ces deux qualités » (3).

Le premier projet avait maintenu le système romain. Le revendiquant n'avait pas à faire la preuve de son titre. Il lui suffisait d'être de bonne foi au moment de l'acquisition de sa possession. C'était à l'adversaire à faire la preuve contraire de ses prétentions.

Comme la revendication de la propriété des meubles était toujours possible, pour cette action publicienne on ne pouvait

(1) Voir Windscheidt, I, § 499 et Girard, p. 349 et suiv.

(2) Il a suffi de multiplier les fictions et, après avoir supposé le temps de l'usucapion accompli, procéder de même avec les autres conditions.
— Girard, p. 351 et 352.

(3) Saleilles, *Possession des meubles*, p. 282.

exiger la preuve du titre qui aurait établi du même coup la propriété elle-même. Au contraire, elle devait être, à côté de la revendication du droit, un peu comme sont nos actions possessoires à côté des actions pétitoires, surtout utile pour le propriétaire et beaucoup plus simple qu'elle (1).

Malheureusement, elle était donnée aussi bien au successeur du voleur ou de l'inventeur, s'il était de bonne foi. Car le projet n'avait point conservé l'ancienne prohibition que les lois romaines avaient posée de l'usucapion des choses volées, enlevées par violence, englobant en même temps le vol, l'abus de confiance, le maniement frauduleux d'une chose sous le nom de *furtum* (2)

La possession *animo domini* était seule protégée et les détenteurs intéressés qui profitaient de toutes les actions possessoires fondées sur une voie de fait illicite étaient exclus de son bénéfice.

Code civil actuel. — Ce projet fut tout à fait abandonné devant la seconde commission. L'admission d'une présomption de propriété accordée à la possession diminuait beaucoup l'utilité d'une publicienne. Ne servant plus au propriétaire pour protéger sa propriété en revendiquant sa possession, elle n'avait plus qu'un intérêt, permettre au

(1) La plupart du temps le possesseur *animo domini* sera le propriétaire.

(2) Pour les choses volées, loi des XII Tables et loi Atinia de la fin du VI^e siècle ; choses enlevées par violence, *lex Plautia de vi*. — La *res furtiva* était hors du commerce et aucun droit ne pouvait être constitué dessus, ni la propriété quiritaire, ni la possession pérégrine ou prétorienne.

possessionneur de revendiquer sa possession, en tant que possession.

Malgré la rédaction bizarre de l'article 1007, il n'y a pas deux actions en revendication, ayant une nature différente, suivant qu'il s'agit d'un possesseur actuel de bonne ou de mauvaise foi. L'article 1007 vise les conditions de preuve, en même temps que les conditions de fond (1). En réalité, l'action en revendication est la même dans les deux cas, il n'y a rien de changé que la facilité de faire la preuve.

Il faut toujours, avant tout, que la possession antérieure ait été perdue involontairement et c'est là la seule condition de fond exigée.

On a vu que les actions possessoires des articles 861 et 862 exigeaient une voie de fait illicite, acte matériel exercé sur la chose. Il ne s'agit pas ici d'une voie de fait illicite ; il suffit que la possession ait été perdue d'une façon quelconque, aussi bien par un acte matériel directement exercé sur la chose que par tout autre moyen, mais sans la volonté du possesseur.

Le possesseur médiat jouira de cette protection, comme le possesseur immédiat (2) ; il peut être dépossédé, sans que celui-ci le soit. En effet un individu contredit au droit du possesseur médiat, sans que celui-ci y consente, touche les loyers et les fermages des propriétés qui sont louées,

(1) Saleilles, *Possession des meubles*, p. 290.

(2) Le simple possesseur médiat ne pourra exiger que la remise de la possession médiante et pour la possession immédiate, il devra la faire rendre au possesseur immédiat, dans les limites de l'article 869 qui s'applique à toutes les actions possessoires.

traite avec les fermiers. Ceux-ci seront toujours en possession immédiate, mais ils posséderont au nom d'un autre propriétaire médiat. Ce pourrait même être l'un de ceux-ci agissant d'une manière exclusive de toute subordination, de tout pouvoir éminent du bailleur. Il abusera de la jouissance ou refusera de continuer à payer les loyers.

Sujets. — Au point de vue passif, les sujets de l'action seront très nombreux (1). Ce seront d'abord tous les tiers acquéreurs qui, n'étant ni héritiers, ni complices ou auteurs de la dépossession, n'étaient pas exposés aux actions possessoires, même lorsqu'il y avait eu une voie de fait illicite, les tiers acquéreurs de bonne foi en tête. Contre eux, les actions possessoires sont sans application, car leur possession n'est pas vicieuse.

Les acquéreurs de mauvaise foi qui ont simplement connu le défaut de droit de leur auteur, sans qu'ils aient participé à la dépossession, se voient opposer l'action en revendication, et ils ne tombent pas sous l'article 858. Un individu acquiert de quelqu'un qui possède sans titre, mais qu'il croit en possession nette de vice, il ne sera pas passible de l'article 861 ; mais, en cas de meuble, la revendication de possession pourra être intentée.

Son utilité sera surtout très grande dans les rapports entre les possessions. Le possesseur immédiat, locataire d'une maison, est dépossédé par le tiers qui prend sa place, sans nier le droit du bailleur. Ensuite il sous-loue. Le premier

(1) Saleilles, *Possession des meubles*, p. 334.

possesseur pourra intenter cette revendication contre le sous-locataire.

Il ne peut revendiquer la propriété qu'il n'a pas et il n'a pas non plus les actions de l'article 861, pour être réintégré dans sa situation antérieure.

Dépouillement involontaire. — La seule condition exigée étant le dépouillement involontaire du possesseur antérieur, le législateur a facilité la preuve à celui-ci, lorsque son adversaire est de mauvaise foi.

Il lui suffit alors de prouver la mauvaise foi et c'est à l'autre à prouver que la perte a été volontaire de la part de son adversaire.

Au contraire, contre un possesseur de bonne foi, il devra faire la preuve de sa dépossession involontaire, preuve très difficile. Il ne suffira pas dans ce cas que, par le témoignage des gens de sa maison, il appert que la chose a disparu d'une façon inexplicable ; car ce que les gens de maison n'ont pas compris, ce peut être simplement un acte du possesseur antérieur. Il a jeté la chose ou l'a perdue au jeu.

S'il avait remis la chose à une personne de confiance qui exerce sa possession à ses lieu et place, il est indifférent que celle-ci ait été choisie par lui ou désignée par la loi ou un ordre de justice, qu'elle ait été un simple détenteur ou un possesseur immédiat ; dans tous les cas, aussi nombreux soient-ils, la règle suivante est donnée par Cosack (1) : « Si le possesseur intente l'action contre un possesseur de bonne

(1) Cosack, p. 88.

foi, il doit non seulement prouver sa propre perte de possession, mais aussi, du côté de la personne de confiance, une volonté violée. »

L'action n'est recevable que si la chose a été perdue ou volée à la personne de confiance, mais non si elle a été détournée ou jetée par celle-ci.

Lorsqu'il s'agit de possesseur actuel de bonne foi, le possesseur antérieur peut intenter la revendication de possession contre le présent possesseur pour des choses qui lui sont venues, après avoir été volées, égarées ou perdues.

La notion de ce qu'on entend par perte involontaire est toujours la même, mais, suivant la bonne ou la mauvaise foi du possesseur actuel, on en exigera la preuve directe ou la preuve contraire.

C'est même en raison de cette condition du manque de volonté que la revendication est impossible au possesseur médiat contre les objets égarés ou volés par le possesseur immédiat et détenus par des acquéreurs de bonne foi. Car en remettant l'objet, il a abandonné l'exercice du pouvoir de fait et n'a plus qu'une créance personnelle de restitution.

Celui qui a livré la chose ne peut pas revendiquer, puisqu'il a livré volontairement la possession et l'ancien possesseur médiat de qui il tient son droit ne le pourrait pas non plus, parce que, n'ayant plus le pouvoir de fait sur la chose, il ne l'a pu perdre involontairement (1).

(1) Un gage est volé chez le créancier gagiste, l'action n'est perdue ni pour le débiteur, ni pour le créancier, et ce parce que la volonté du créancier a été violée. Vis-à-vis d'un possesseur actuel de bonne

C'est la solution que les principes commandent, mais la formule juridique de l'article 1007 est aussi obscure que possible.

Vis-à-vis du possesseur de mauvaise foi, la question change. Par cela même qu'il est de mauvaise foi, il est beaucoup moins intéressant et le législateur doit favoriser son adversaire, le possesseur antérieur qui revendique.

Aussi dans ce cas, la perte de possession n'a besoin que d'être involontaire de sa part, sans tenir compte de la personne qui exerce la possession à sa place. L'action est fondée, même si la possession est enlevée par un acte involontaire du représentant et, avant tout, si le représentant a détourné la chose, l'a jetée, l'a donnée par erreur.

Cependant cette solution n'est point admise par Planck qui distingue encore soigneusement dans ce cas l'abus de confiance du possesseur immédiat et sa perte involontaire. Il s'appuie sur une définition du mot abandon de possession qui sera étudiée plus loin (1).

Le possesseur antérieur a donc intérêt à prouver la mauvaise foi du possesseur actuel, puisque l'action qu'il pourra exercer sera plus efficace. Cependant la mauvaise foi, étant un élément subjectif, sera souvent très difficile à prouver. Il

foi, le débiteur revendiquant devra faire la preuve de sa dépossession personnelle et du manque de volonté du possesseur immédiat.

Au contraire un tuteur se met en possession des choses du pupille, il les détourne, les vend. Il y a là un abus de confiance. Le pupille ne peut revendiquer : Cosack, p. 89. — V. aussi Pflüger, *Jherings Jahrbücher für Dogmatik*, t. XXXV, p. 457.

(1) Planck, sur l'article 1007.

lui restera alors la perte involontaire, si cela est possible, qui dispense de toute contestation sur la bonne et la mauvaise foi (1).

Dans tous les cas, le possesseur antérieur doit démontrer qu'il a été possesseur. Il ne suffit pas que l'acquéreur ait su ou dû savoir qu'il n'avait point une possession opposable à ceux qui pourraient revendiquer. Il faudra que le demandeur prouve qu'il est de ceux-là.

La possession acquise de mauvaise foi n'en reste pas moins une possession et elle est tout à fait différente de la possession vicieuse. La mauvaise foi est opposable par tous ceux qui intentent l'action (3), tandis que le vice est purement relatif.

Contre l'action du précédent possesseur, le possesseur actuel n'est pas désarmé. Il a certains moyens de défense et exceptions qui lui permettront de résister victorieusement au revendiquant qui a rempli toutes les conditions indiquées, preuve de la perte involontaire ou du vol, ou bien de la mauvaise foi.

Ces moyens de défense ne touchent qu'au droit à la possession et non au droit lui-même que constituerait la possession. Cosack y voit là l'application des principes des droits réels. Le Code, d'après lui, a énoncé là non des défenses, mais des conditions essentielles de l'action, présumées exister et desquelles la preuve contraire, offerte au défendeur, peut montrer l'absence. Dans ce cas alors, les

(1) Voir cependant Pflüger, *loc. cit.*, p. 455.

actions ne sont pas seulement caduques, mais elles manquent leur but, faute d'objet. Le rapport juridique qui est nécessaire entre une demande principale et une demande reconventionnelle existe, si le défendeur réclame contre le revendiquant le respect de son droit de possession à lui, troublé par la revendication. Il y aura condamnation possible du demandeur et non pas seulement fin de non-recevoir (1) de son action.

Exceptions. — Pour les exceptions, il faudra distinguer les différentes hypothèses du Code, perte involontaire visée par le second alinéa de l'article 1007 où le possesseur antérieur n'a pas pu ou voulu prouver la mauvaise foi du possesseur actuel (2) et la mauvaise foi qui dispense de toute autre preuve.

Exceptions accordées au possesseur de bonne foi. — Propriété. — Dans le cas de bonne foi, les exceptions accordées au possesseur actuel seront plus nombreuses ; ce seront l'exception de propriété et l'exception de vol antérieur.

L'action en revendication, quoique nettement possessoire,

(1) Cosack, p. 91.

(2) Ce sera le cas le plus fréquent. Il est en effet très difficile de prouver la mauvaise foi d'un individu, surtout quand il y a entre les deux possessions une succession d'intermédiaires. La mauvaise foi, étant un fait à établir, sera prouvée par tous les moyens de preuves que le droit allemand met à la disposition des intéressés, entre autres par témoins, par présomptions simples et même par d'autres faits la mettant en lumière. Par exemple, le seul possesseur actuel a été condamné comme recéleur ou acquitté parce qu'il a une excuse justificative.

doit tenir compte du droit de propriété. La possession a un tel rapport avec la propriété en vertu de l'article 1006 qu'il serait injuste de ne pas s'y arrêter.

Cependant la preuve exigée du possesseur actuel portera sur un droit qui lui est personnel. Supposons qu'un ancien possesseur, victime d'un vol, n'ait jamais été propriétaire, un possesseur immédiat, par exemple un locataire ; un tiers qui en est possesseur actuel ne peut lui opposer l'exception de propriété, à moins qu'il ne soit le propriétaire de la chose ou son successeur. Dans la revendication de propriété au contraire, il suffirait que le possesseur actuel opposât le défaut de droit du revendiquant pour être à l'abri de toute action.

Pour que l'exception s'applique, le possesseur actuel doit être un propriétaire qui a repris sa possession (1). Un débiteur gagiste a confié un objet à son créancier. Celui-ci en dispose et commet ainsi un abus de confiance. Le tiers possesseur est un recéleur de mauvaise foi et l'ancien propriétaire lui reprend l'objet dont il est du reste resté propriétaire aux termes de l'article 932 du Code civil. Le dernier possesseur dépouillé revendique. Le propriétaire a le droit de lui opposer l'exception. Il devra faire la preuve de sa propriété et aussi du défaut d'acquisition des possesseurs intermédiaires.

Il n'est pas besoin que la propriété ait existé au profit du possesseur actuel avant la dépossession du revendiquant,

(1) Planck, sur l'article 1007.

car il n'y a pas là une sorte de protection du droit de reprise légitime ; mais cette acquisition pourra très bien avoir lieu après. Ce sera le cas où le possesseur actuel a acheté aux enchères publiques. La sécurité du commerce exige que les vices de la propriété disparaissent par cette seule formalité, et l'acquéreur n'aura à craindre ni revendication de propriété, ni revendication de possession (1).

Le possesseur a pu aussi usucaper aux termes de l'article 937, si la revendication est intentée après un temps très long, plus de dix ans après la dépossession, délai nécessaire pour usucaper.

L'exception de propriété servira sans conteste à une partie notable des possesseurs, à tous les possesseurs indépendants. Mais il faut voir si un possesseur peut opposer de son chef l'exception de propriété, alors que celui dont il exerce le pouvoir l'a seul (2). Un locataire, actionné en revendication, peut-il opposer la propriété de son bailleur ?

Dans la revendication de propriété, cette question ne peut se poser ; car le défendeur n'a qu'à faire la preuve du défaut de droit du demandeur. Le texte de l'article 1007 est muet sur ce sujet. Sans doute un moyen s'offrira pour lui d'appeler en cause le bailleur, mais ceci est du droit commun et dans le domaine possessoire, il est peut-être plus utile de lui accorder *de plano* l'exception.

Si la possession est un droit, le possesseur actuel a un droit meilleur, puisqu'il le tient du propriétaire lui-même.

(1) Saleilles, *op. cit.*, p. 297.

(2) Planck, sur l'article 1007.

Cosack laisse deviner cette solution lorsqu'il admet toutes exceptions tirées d'un droit meilleur de possession. Il faut arriver à la même conclusion pour des raisons différentes. Le possesseur actuel immédiat n'est possesseur que sous le pouvoir éminent de son médiat. Il le représente dans l'exercice du pouvoir de fait sur la chose. Mais lui-même a un intérêt personnel à la possession immédiate qu'il a acquise avec tous les moyens possibles de la défendre qui étaient au pouvoir du médiat. L'exception de propriété est donc passée, avec les autres, entre ses mains.

La preuve de la propriété du défendeur exclut, d'après l'article 1007-2°, l'action fondée sur la possession antérieure perdue involontairement. La propriété, pour Planck, ne donne pas seulement au plaignant une exception, mais c'est là un fait exclusif de l'action, détruisant son fondement. Gierke, au contraire (1), parle d'une exception de possession et ajoute que le demandeur a, contre cette exception, une réplique basée sur le droit meilleur à la possession, dans les cas où il aurait les exceptions des articles 986 et 1006.

Avec le système de Planck, cette réplique est inutile. La revendication de possession n'existe plus ; mais il est loisible au demandeur, en face du rejet de sa première demande, de changer le fondement de sa plainte et d'agir en vertu du droit réel ou personnel lui accordant la possession à l'égard du propriétaire. Un tel changement dans le fondement de la plainte, sans l'assentiment du défendeur, est admis par

(1) Gierke, *Fahrmisbesitz*, p. 62.

l'article 264 du Code de procédure civile allemand, lorsque ce changement ne constitue pas une aggravation évidente de la situation du défendeur. En somme, l'exception devient un moyen de défense.

Planck n'oublie point que le pétitoire ne doit pas être cumulé avec le possessoire et, malgré les apparences, Gierke permet d'opposer une réplique pétitoire à une exception sans doute de même nature, mais dans une action possessoire où l'emploi des moyens pétitoires est formellement interdit, sauf lorsqu'ils sont permis limitativement. Or rien ne permet de préjuger ici de l'intention du législateur. Ce qu'il a permis pour la revendication du droit de propriété, il ne l'a pas étendu à celle de l'état de fait possessoire.

Exception de perte involontaire. — Une seconde exception (1) est accordée au possesseur de bonne foi. Elle suppose une simple perte involontaire ou un vol. Le possesseur qui a perdu une chose la reprend, alors qu'elle est en la possession d'un autre. Que celui-ci intente la revendication, il pourrait triompher et le possesseur actuel serait dépouillé. Cependant il avait contre le précédent possesseur une action en revendication et, sans cette reprise, il eût pu agir en justice. Il faut remarquer que le possesseur actuel est de bonne foi et qu'il n'a pu savoir qu'il y avait eu dépossession involontaire de la part de l'autre. En agissant contre lui, son adversaire le lui apprendra.

(1) Une troisième exception, tirée de la nature de l'objet de possession, est accordée au possesseur de bonne foi, lorsqu'il s'agit d'argent et de titres au porteur.

La situation présente deux individus dépouillés de la possession. L'article 1007 donne la préférence au premier volé. Cependant il met deux conditions essentielles à cette faveur : il faut que le vol ait eu lieu contre le possesseur actuel et antérieurement à la dépossession.

Le vol commis contre un tiers n'a aucune importance pour la possession. Il n'en est pas de même pour la propriété ; mais le possesseur pour soi type est le voleur ; il n'a jamais voulu posséder pour autrui et ne demanderait pas mieux que d'être propriétaire.

Mauvaise foi du possesseur actuel. — Dans les cas où le possesseur revendiquant peut prouver la mauvaise foi du possesseur actuel, sa tâche sera facilitée. Le manque de volonté du possesseur sera présumé et ce sera au défendeur à faire la preuve contraire. Il n'y aura point une exception d'abandon de possession, mais la preuve à fournir comme moyen de défense de la dépossession volontaire.

L'importance de la mauvaise foi oblige à rechercher ceux qui ont su ou dû savoir qu'ils ne pouvaient acquérir la possession.

Cette définition, donnée par tous les commentateurs, est insuffisante.

L'article 939 dit que celui qui a su ou aurait dû connaître le défaut de droit de son auteur au moment de l'acquisition n'est pas de bonne foi. Sans doute cette définition s'applique à la propriété, mais là même elle doit s'étendre. « Pour être de mauvaise foi, il suffit qu'on ait su ou dû connaître

que celui avec qui on traitait n'était pas propriétaire et par conséquent ne pouvait en faire un de soi. » Sans quoi la revendication ne serait jamais possible pour la propriété.

L'article 932 a posé un principe absolu, applicable dans toutes les hypothèses, l'assimilation entre la faute lourde et le dol qui était dans le droit romain (1). Les Protokolle l'ont admise pour la revendication de possession (2).

Ce que devra connaître le possesseur, c'est son manque de droit à la possession dans les limites ou de la façon qu'il l'exerce. Le possesseur médiat qui, après avoir revendiqué la possession immédiate, ne la remet pas au possesseur immédiat est de mauvaise foi, s'il n'est point dans les hypothèses prévues par l'article 869 (3).

La mauvaise foi ainsi définie pourra ressortir du titre même qui a opéré le transfert de possession. Mais il faut bien se garder de voir ici autre chose qu'un moyen de preuve de cette mauvaise foi.

Il y a donc une condition positive, savoir le défaut de droit à la possession et par là même pour quelles raisons il existe. La possession étant un fait, tout individu a droit à la possession dès qu'il a acquis un pouvoir de fait et les seules hypothèses où elle lui est refusée, ce sont le cas de vol ou de perte involontaire.

Si un individu est volé et que son voleur soit lui-même dépouillé par le même moyen, le premier pourra agir

(1) Girard, p. 67.

(2) Protokolle, III, p. 385 et 383 ; Gierke, *Fahrrnisbesitz*, p. 51, n° 19.

(3) Planck, sur l'article 1007.

contre le possesseur actuel, car il a droit à une possession que l'autre détient vis-à-vis de tous indûment (1).

Exception d'abandon volontaire. — Le possesseur actuel de mauvaise foi devra, pour faire échouer l'action du possesseur antérieur, prouver l'abandon volontaire. C'est ce que le langage courant a improprement appelé l'exception d'abandon de possession (2).

Le sens du mot abandon donne lieu à des controverses. Il faut d'abord remarquer que le premier alinéa de l'article 1007, étudiant le cas de mauvaise foi du possesseur actuel, ne fait aucune allusion à la condition préalable d'un vol ou d'une perte survenue au préjudice de l'ancien possesseur (3). Lorsque enfin il est question d'abandon volontaire, rien n'oblige à voir une opposition entre le vol ou la perte involontaire du paragraphe 2 et l'abandon du paragraphe 3. Deux solutions se présentent donc : admettre cette opposition ou bien au contraire expliquer par lui-même l'abandon et à la vérité les deux sont également bonnes et défendables.

Planck (5) soutient la première. L'admission de cette exception repose sur la pensée que le possesseur, par l'abandon de possession, a volontairement brisé le rapport qui

(1) La mauvaise foi ne résulte en aucune façon de ce que le possesseur savait que le titre qui lui transférait la possession était nul. La possession ne tient aucun compte du juste titre.

(2) Saleilles, p. 317 et suiv.

(3) Cette exception, d'après l'article 1007, ne s'applique qu'au cas de mauvaise foi.

(4) Saleilles, *Possession des meubles*, p. 306.

(5) Planck, sur l'article 1007.

le liait à la chose et de là ne doit pas avoir d'action pour défendre sa possession antérieure vis-à-vis du possesseur de mauvaise foi et se la faire restituer par lui. « Le cas d'abandon volontaire est l'opposé de celui où la chose est enlevée au possesseur, perdue pour lui. »

Dans cette opinion, il y a perte volontaire, dès qu'il n'y a pas eu vol ou perte involontaire. Elle range sous cette appellation l'abus de confiance, l'escroquerie. Ainsi le seul fait de procéder à un dépôt, à un prêt, serait un abandon sinon immédiat, du moins éventuel. En effet, le possesseur remet volontairement au dépositaire une possession immédiate ; si celui-ci est animé de mauvaises intentions, il pourra en disposer au profit d'un tiers.

Il n'y aura pas vol, mais abus de confiance et dans le système de Planck, abandon volontaire. La possession médiata, dit-il, finit volontairement, si le possesseur médiat y met fin ou si le possesseur immédiat abandonne sa possession. Ainsi un possesseur de mauvaise foi pourra ne point restituer, en prouvant que le possesseur antérieur avait remis la chose à un tiers qui lui-même en a disposé par un délit criminel.

Planck n'a pas été plus loin. Par le fait même que le possesseur immédiat devient médiat, il n'abandonne pas sa possession. Il la transforme en une autre. Mais dès l'instant où, à côté de sa propre possession, s'en trouve une nouvelle à qui appartient l'exercice du pouvoir de fait, il est lié à celle-ci. Si la possession immédiate se perd, elle entraîne la sienne. Il ne doit pas être tenu compte de la volonté du

possesseur médiat dans le cas de perte involontaire, pas plus que pour savoir si d'après l'article 935 il y a vol à son préjudice. Par le seul fait que le possesseur médiat a abandonné l'exercice du pouvoir de fait, il est impossible de lui accorder la revendication, l'action est éteinte. L'article 935 suppose en effet une perte involontaire de la propriété d'un meuble entre les mains d'un possesseur immédiat. Pour que la revendication de la propriété soit possible, il ne faut aucune participation volontaire de l'ancien possesseur ou de son possesseur immédiat.

Il y a là, dans l'esprit de Planck, une fausse interprétation de l'article. Il y est dit simplement que si le vol ou la perte ont eu lieu vis-à-vis d'un possesseur immédiat, l'action en revendication n'en sera pas moins conservée au propriétaire, possesseur médiat. Si l'article 1007 s'était rapporté à l'article 935, il y aurait été tout au moins presque sûrement fait allusion dans les travaux préparatoires et, de même que dans cet article, il aurait été dit que l'abandon volontaire du représentant de possession aurait le même effet que celui du possesseur lui-même.

Du reste Planck (1) n'admet plus la même solution, lorsqu'il s'agit de détenteur subordonné ; il n'y a que la volonté du *Besitzherr* qui entre en ligne de compte. En abandonnant l'objet à lui confié, le détenteur subordonné a dès l'a-

(1) Gierke, *Fahrnisbesitz*, p. 25, n° 4. — Pour Planck, l'*abus de confiance* du détenteur subordonné se décompose en deux actes : 1° un vol de possession, le détenteur s'empare de la possession au préjudice du maître ; 2° il transfère la possession à un tiers. — V. cette théorie, sur les articles 935 et 1007.

bord commis un vol et tout acquéreur de lui pourra le voir revendiquer par le possesseur volé.

Ce système présente des inconvénients fort considérables et place le possesseur de mauvaise foi dans une situation favorable. Le possesseur peut être non seulement un acquéreur frauduleux qui s'est rendu coupable ou complice de vol, mais l'acquéreur même qui aura réalisé la perte de la possession, celui à qui le dépositaire a vendu sous des conditions tout à fait usuraires l'objet qu'il a soustrait de sa vraie destination (1).

Il y aurait une prime à l'abus de confiance. La conscience sociale qui préside à la possession ne serait pas satisfaite.

Le système de Planck conduit à une assimilation complète entre la bonne et la mauvaise foi, sauf la question de preuve. Ce serait de plus assez plaisant de voir le Code civil allemand, dont la langue est tout à fait technique, employer le mot *perte* dans le premier paragraphe de l'article 1007 et le mot *abandon* dans le dernier et cela dans le même sens. Du reste, les expressions *abhanden kommen* et *aufgegeben sein* n'ont pas la même signification dans le langage courant. En réalité, l'action est donnée contre le possesseur de bonne foi, quand il y a perte et contre celui de mauvaise foi, quand il n'y a pas abandon.

Ces inconvénients ont fait repousser unanimement la théorie de Planck. Crome et Cosack, entre autres, admet-

(1) L'acquéreur n'aurait qu'à prouver que l'objet lui a été livré par celui qui a commis le délit et cette tradition illicite serait suffisante pour empêcher toute revendication de possession.

tent l'abus de confiance comme abandon involontaire. L'abus de confiance d'un possesseur est assimilable au détournement du détenteur subordonné. Crome, influencé par les besoins pratiques du crédit, décide « qu'il est très difficile pour les tiers de distinguer entre un possesseur immédiat pour autrui ou un détenteur subordonné et que la situation qui leur est faite doit être la même dans les deux cas » (1). Sans doute la base de ce raisonnement est très contestable, à savoir l'assimilation du possesseur immédiat et du détenteur, chaque fois que ce dernier outrepassé ses droits, mais la solution adoptée ici doit être approuvée (2).

On peut du reste y arriver par une explication plus juridique de l'abandon. L'abandon est la renonciation absolue du possesseur à la possession, sous quelque forme que ce soit, soit au profit d'autrui, dans le cas de transfert sans réserve de possession médiate, soit unilatéralement, lorsqu'il y a *derelictio*.

Mais il n'y a nullement abandon, lorsque le possesseur garde la possession médiate. Il y a simplement transformation de la possession immédiate en une autre, gardant tous

(1) Saleilles, *Poss. des meubles*, p. 313.

(2) Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, III, § 380, note 28, n'admet pas la décomposition de l'acte du détenteur. Pour lui, le détenteur est toujours un possesseur immédiat. Ce n'est que dans les limites de l'article 858, lorsqu'il agit sur des ordres précis du possesseur, son maître, qu'il est détenteur pour lui et son représentant sur la chose. Une preuve serait dans l'article 860 qui ne ferait qu'appliquer cette règle. Dès qu'il a à agir, le détenteur devient possesseur. S'il dispose de la chose, il commet un abus de confiance comme possesseur.

les moyens de défense de la possession. Il y a eu imprudence de la part du possesseur qui a mal placé sa confiance, voilà tout et celui qui sciemment en profite doit se voir préférer le possesseur imprudent.

L'exception d'abandon dans le sens indiqué sera donné à tout possesseur de mauvaise foi et aussi bien au voleur qu'aux autres.

Exceptions communes.— L'article 1007 fait de l'exception d'abandon involontaire la première exception commune.

En réalité, lorsqu'il s'agira du possesseur de bonne foi, il y aura une défense, une contradiction aux prétentions du demandeur (1).

Le défendeur niera qu'il y ait perte involontaire, condition essentielle de la revendication. Le possesseur antérieur prétend avoir perdu involontairement la chose et le défendeur répliquera en prouvant qu'il y avait un véritable abandon et non une perte involontaire. La chose revendiquée aura été volée par le possesseur immédiat et le possesseur médiateur prétendra qu'il y a détournement d'un valet.

L'exception de mauvaise foi du possesseur antérieur et l'exception de propriété. — La seconde et, pour être rigoureusement exact, la seule exception commune est l'exception de mauvaise foi. La mauvaise foi exigée ici doit exister au moment où le possesseur antérieur est entré en possession. « La mauvaise foi consistera pour lui à acquérir la possession dans des conditions qu'il sait irrégulières

(1) Gierke, *Fahrnisbesitz*, p. 59.

et incompatibles avec l'idée d'un transfert de droit.» Comme la mauvaise foi n'est pas un vice relatif, tout individu, même s'il n'est pas le véritable ayant droit, pourra l'opposer. Ici, du reste, la plupart du temps, celui qui revendiquera sera simplement possesseur et non propriétaire et la mauvaise foi du possesseur actuel n'aura pu consister à savoir que le possesseur antérieur était propriétaire, puisqu'il ne l'était pas, mais elle consistera à savoir que celui de qui il tenait la possession ne l'était pas (1).

L'ancien possesseur est accusé d'avoir acquis de mauvaise foi. Le propriétaire donne en location un cheval et avant la fin du bail reprend la possession, alors qu'il sait qu'il agit au mépris du bail. Le locataire la lui enlève ; il sera protégé et l'ancien possesseur se verra exclu de la revendication.

L'exception de propriété ne semble pas être commune. Elle n'est signalée qu'à propos du possesseur actuel de bonne foi. Cependant il ne serait pas impossible de voir un possesseur propriétaire de la chose acquérir de mauvaise foi la possession. Dans l'hypothèse précédente, au lieu d'acquérir la possession immédiate du cheval directement du locataire, il suffit qu'il y ait eu vol, et qu'ensuite le propriétaire reprenne le cheval. Le locataire pourra-t-il redemander la possession ? Sans doute, le législateur n'a pas refusé l'ex-

(1) La mauvaise foi exigée dans la revendication de propriété a les mêmes caractères et la même nature. Il suffira d'avoir su traiter avec un non propriétaire, un voleur ou d'avoir pris une chose perdue, alors qu'on savait sa provenance.

ception de propriété. Seulement dans cette hypothèse la mauvaise foi paralysera l'exception de propriété ; car dès l'instant où il a été de mauvaise foi le possesseur actuel doit, avant tout, faire la preuve de la dépossession volontaire de l'autre partie (1). Seulement pour que le possesseur médiate fût qualifié ici de mauvaise foi, il faut que l'action ait été dirigée par le possesseur immédiat lui-même. Car la possession du possesseur médiate est vis-à-vis des tiers une possession et la réunion de la possession immédiate à celle-ci n'a pu en changer la nature. La mauvaise foi initiale de la possession n'existera pas au moment où la possession médiate a commencé.

Exceptions de la revendication de propriété. — Du reste l'article 1007 étend aussi à la possession toutes les exceptions qui, d'après l'article 986, restent au possesseur dans la revendication de propriété. Le possesseur peut ainsi refuser de remettre la chose (2), si lui ou le possesseur médiate duquel il a reçu son droit opposable au possesseur antérieur est intéressé en vertu d'un droit réel ou personnel à la possession. Cette exception appartient au possesseur de mauvaise foi lors de l'acquisition, à la condition que le possesseur antérieur ne soit plus intéressé à la possession, par exemple que la location de celui-ci soit terminée (3).

Si l'action en revendication de possession du précédent

(1) Saleilles, *Poss. des meubles*, p. 332.

(2) Planck, sur l'article 1007 et l'article 986. — L'article 986 protège efficacement le possesseur contre le propriétaire.

(3) Sans quoi, l'exception de mauvaise foi est opposable.

possessionneur repose sur une possession médiate acquise par cession de l'action en restitution, conformément à l'article 931, le possessionneur actuel peut lui opposer toutes exceptions correspondant à l'action cédée.

La revendication dans le droit français. — Le droit français n'admet la revendication de propriété que dans certains cas, ceux de vol et de perte. Il n'est nulle part fait allusion à une revendication possible de possession. Cependant il peut se présenter, dans le système unifié de l'article 2279, des cas où elle serait bien utile.

Un acquéreur de bonne foi d'une chose volée se voit à son tour enlever cette chose par un vol. L'article 2279 déclare qu'il n'est pas devenu propriétaire ; mais, étant de bonne foi, il le croit. Il va donc revendiquer contre le nouvel acquéreur, en se prévalant du vol dont il a été victime. Le possessionneur actuel pourra-t-il opposer le précédent vol ?

Trois solutions sont possibles (1) : 1° la possession même au cas de vol, entraînerait la propriété, seulement elle ne serait jamais opposable au dépossédé ; 2° au cas de vol, l'article 2279 ne crée plus aucune propriété ; mais il y a là une présomption facilement renversable par la preuve contraire comme dans le droit allemand (2) ; 3° l'article 2279 est inapplicable en cas de vol.

De ces trois systèmes, le premier qui semble le plus logique permettrait de donner à l'action de l'article 2279 le

(1) Saleilles, *Poss. des meubles*, p. 347.

(2) Article 1006.

double rôle de revendication de propriété et de possession, en considérant l'action donnée au propriétaire ou au possesseur dépouillé comme une action réelle. On distinguerait alors, suivant qu'il s'agit des tiers, action en revendication de propriété, ou de l'ancien propriétaire, victime du vol, action en revendication de possession.

Sans doute, le système allemand constitue une amélioration sur le nôtre, mais deux innovations, introduites par l'avant-projet suisse ont singulièrement rajeuni l'article 2279. Il a suffi de décider que la présomption de propriété peut être invoquée par le possesseur pour autrui, du chef de son auteur. Du reste, devant le silence de la loi et les nécessités de la vie pratique, la jurisprudence et la doctrine ont admis que « l'article 2279 s'applique à tous ceux qui exercent sur les choses mobilières d'autrui un droit comme leur appartenant en propre » (1). La Cour de cassation (2) a été encore plus loin, elle a admis que l'action en revendication peut être exercée aux lieu et place du propriétaire par un dépositaire à qui les meubles avaient été soustraits.

Le projet suisse a déclaré expressément que « l'acquéreur de bonne foi est présumé propriétaire à l'égard de tous, sauf à l'égard d'un ancien propriétaire qui aurait été victime d'un vol ou de perte » (3).

(1) Lyon-Caen, Note sur arrêt de Cass., S. 01.1.305 et sur Douai, 1892, S. 92.2.375. — *Contrà* : Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, p. 692.

(2) Cass., 28 mars 1888, S. 88.1.265.

(3) Saleilles, *Poss. des meubles*, p. 343.

Le projet suisse a conservé l'unité de la revendication de notre Code et l'exposé des motifs en fait suffisamment voir les avantages (1).

(1) Projet suisse, articles 969 à 976.

CONCLUSION

Critique du système allemand. — Pour le théoricien, abstraction faite de la pratique, la théorie possessoire, telle que l'a comprise le législateur de 1896, est bien supérieure à ce qui constitue de bric et de broc la possession française. Plus scientifiques que les rédacteurs du Code de 1804, les savants membres des différentes commissions qui ont élaboré le *Bürgerliche Gesetzbuch* ont suivi une méthode et ont enfin dégagé de la propriété, d'une part et de la prescription, de l'autre, la possession que les vulgaires trop souvent confondent avec l'une ou l'autre.

Armés de principes plus absolus en raison de leur propre valeur personnelle, ils sont arrivés à la discussion des textes positifs, sans vouloir faire la moindre concession à leurs adversaires d'école, réunis, associés à leurs travaux et après de longues discussions et des atermoiements, après des débats où chacun avait donné son avis sans réduire d'aucune sorte celui des autres, sortait un article qui, sans donner tort à personne, admettait une chose indiscutée et laissait obscurs les points où l'accord n'avait pu se faire. L'article 854 est interprété par chaque auteur d'une façon différente, quant aux conditions et aux éléments constitutifs même de la possession et chacun donne à l'appui de sa doctrine les mêmes articles qui ne se comprennent nulle-

ment d'une façon unique. Tandis que dans d'autres législations, les critiques les plus acharnés ne peuvent que déplorer le sens des mots bien net, jamais le juriste allemand n'attaque son Code; car il peut le comprendre comme l'inspirent ses propres préférences.

Cette obscurité est d'autant plus dangereuse qu'elle apparaît dès la publication du Code; avant même de l'appliquer on ne savait pas trop ce qu'il signifiait théoriquement.

Cependant des auteurs, ceux qui ont suivi les délibérations depuis le premier jour jusqu'au dernier, sont là, et ce sont eux-mêmes qui ne sont point d'accord sur ce qu'ils ont voulu dire. La jurisprudence s'en ressentira et s'en est déjà ressentie.

Dans la doctrine qui a été admise, la possession nous est apparue comme un état de fait purement objectif, existant par lui-même et sans même la volonté conforme du possesseur. Il suffit qu'il ait pu vouloir agir, qu'aux yeux des tiers il ait un pouvoir de fait suffisant et une volonté capable de l'exercer. Mais ici il y a lieu de faire des réserves très sérieuses, la conscience sociale sera un fait et, pour la prouver, tous les moyens seront bons. La présomption, moyen commode, et même le sentiment personnel des juges en feront la preuve le plus ordinairement. Question de fait, le juge de cassation ne pourra qu'enregistrer les décisions des juges inférieurs et suivant l'esprit des tribunaux, la possession existera ou non. Ceux qui se laissent tromper par les apparences pourront apprécier l'élasticité de la définition donnée par Endemann et par Planck. Mais s'il est bon

que le Code ne donne que des principes généraux servant de fils conducteurs aux juges, il ne faut pas qu'il en arrive à permettre pour un fait accompagné des mêmes circonstances, des solutions différant suivant les lieux. Ce n'est plus de l'élasticité, c'est de l'inconsistance.

Nouveau critérium. — De plus, la conscience sociale ne paraît guère un bon juge, en se plaçant au point de vue doctrinal. Le vrai critérium devrait être dans l'exploitation de la chose, suivant son but économique. Un individu sème dans un champ et il paraît possesseur mieux que celui qui, l'arme à la main, empêcherait d'y passer.

Le Code civil a voulu rejeter tout élément subjectif de la possession et, par une transformation bizarre, il n'a fait que le rejeter du côté des tiers. Au contraire, l'exploitation de la chose suivant son but économique le supprime absolument. De plus, la possession n'est plus seulement une question d'appréciation personnelle ; la science, les usages de la loi et de la coutume aideront à la reconnaître, serviront presque exclusivement à l'identifier.

Doit-on adopter la théorie allemande ? — Si, dans la revision du Code civil français, il était question d'adopter la théorie allemande tout d'une pièce, il serait fort souhaitable que la définition de la possession fût rédigée en ce sens.

Mais il serait encore bien préférable de ne point trop se laisser entraîner à des plagiats désastreux. La théorie allemande peut-elle s'appliquer à des Français, vivant en Fran-

ce, sur un fond de traditions françaises ? la question mérite qu'on s'y arrête.

L'Allemagne, avant l'unité, a connu une multitude de législations s'adressant à des Etats de taille différente, jaloux de conserver leurs Codes particuliers ; mais ces législations, quelles qu'elles fussent, avaient un même fonds, elles avaient surtout, toutes, recours à un droit commun, le droit des *Pandectes*, et s'adressaient de plus à des populations de races différentes sans doute, mais d'habitudes communes. La féodalité avait fortement imprégné l'esprit allemand et la domination de plus en plus considérable de la Prusse avait tout fait pour la maintenir.

La féodalité dura bien longtemps et alors que la France unifiée ne connaissait plus qu'un roi comme suzerain, les princes allemands, laïques ou ecclésiastiques, continuaient à guerroyer les uns contre les autres avec leurs vassaux (1).

La possession trouva une place à côté de la propriété. Celle-ci appartenant au suzerain, la tenure accordée au vassal n'était qu'une possession immédiate en face du possesseur médiat.

Depuis la ruine de la féodalité prussienne, l'Etat représenté par l'Empereur a absorbé toutes les prérogatives de l'ancienne noblesse. L'autorité est encore aujourd'hui le propriétaire éminent des biens comme des vies.

Toutes les créations allemandes, même révolutionnaires, révèlent cet esprit de discipline de fer. Le socialisme alle-

(1) *Esprit des lois*, liv. I, chap. III.

mand ne peut se comprendre qu'avec un pouvoir hiérarchiquement organisé et où chacun a une place marquée. Lisons les écrits de Lassalle, ils se rapprochent beaucoup des livres de Beaumanoir, au beau temps de la féodalité. La propriété à la collectivité, la possession à l'individu ; cette devise devrait être en exergue de toute son œuvre.

Montesquieu dit que les lois « doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre... ; car il faut qu'elles se rapportent à la nature du gouvernement, au degré de liberté que la Constitution peut souffrir » (1).

Chez nous, les dernières survivances féodales ont disparu et il est peu dans nos idées d'y revenir. La Révolution française qui, après plus d'un siècle, influence encore notre législation a été un mouvement individualiste.

Donner à l'individu plus de droits qui lui appartiennent en propre dans un État de plus en plus affaibli, réduit au rôle de protecteurs des faibles est la tendance française, quoiqu'il puisse paraître et l'interventionisme, à chacune de ces victoires, fait crier tout le monde, sans contenter personne. La possession qui s'oppose à la propriété sera mal comprise ou mal comprise de la foule. La formule de Lassalle deviendra : tout le monde propriétaire (2).

(1) *Esprit des lois*, liv. I, chap. III.

(2) La souveraineté nationale résidant dans la collectivité des individus, les Français se regardent comme détenant chacun une part de cette souveraineté, c'est-à-dire ne se séparent pas de la collectivité. Les Allemands n'ont pas cette manière de voir.

Devant cette différence de sentiments, faut-il encore parler des mœurs différentes, de cette horreur innée de l'administration au lieu de la crainte respectueuse des Allemands devant la casquette du chef de gare ?

Les lois doivent tenir compte de tout élément divergent, de la différence du fonds des traditions françaises et allemandes. De même qu'il est impossible d'imposer le système anglais des possessions superposées (1), il faut rejeter toute admission en bloc du système allemand.

Critique du système actuel français. — Cependant le système français laisse fort à désirer. Il n'est pas coordonné dans un livre spécial, comme la propriété ou les servitudes.

Perdue dans la prescription, la possession n'est définie nulle part. Par les auteurs anciens, on sait qu'elle est la réunion de deux éléments, l'*animus domini* et le *corpus*. L'exigence d'un *animus domini* écarte de la possession tous les détenteurs précaires, tous ceux qui, exerçant la possession d'un autre, ont à cet exercice un intérêt propre. Il serait temps, sinon d'accorder un droit réel aux locataires, fermiers, etc., ce qui paraît contraire à la logique juridique, tout au moins d'en faire des possesseurs. Les inconvénients du système actuel se reflètent dans la jurisprudence (2). Comme toutes les législations modernes, il est indispensable, tout en appelant à la possession les détenteurs précaires, de mainte-

(1) Serjeant Stevens, *New Commentaries of the Laws of England*, 1899, t. II, p. 60 et suiv.

(2) La Cour de Paris, dans un arrêt de 1861 avait accordé l'action possessoire au locataire de son chef. Cette décision n'a pas eu d'écho (D. P. 61.2.198).

nir à leurs cocontractants leur situation actuelle. La possession médiate, comme la possession immédiate, est nécessaire. Quelle qu'elle soit, elle n'en restera pas moins une possession, c'est-à-dire qu'il faut poser en principe que la possession médiate n'est pas une fiction imposée par la loi dans les limites qu'elle a prescrites, mais une possession protégée par tous les moyens possessoires que sa nature abstraite lui permet.

Pour être possesseur médiat et immédiat, il suffira d'exploiter une chose mobilière ou immobilière, corporelle ou incorporelle, suivant sa destination économique, en son propre nom ou au nom d'autrui. Cette définition lèvera les dernières barrières entre la possession médiate et l'immédiate. Un fonds est exploité suivant sa destination économique, lorsque le possesseur le donne à loyer pour en retirer des revenus ou bien le cultive lui-même.

La possession des droits est trop entrée dans nos mœurs pour l'en chasser (1).

Le possesseur devra être conscient. S'il est fou, s'il exploite la chose suivant son but économique sans qu'il le sache, il n'est rien. Un fou s'empare d'une arme à feu et s'en sert. Dans tout autre état, il serait possesseur, cependant c'est bien par hasard qu'il a agi ainsi, il aurait pu prendre un manche à balai qu'il n'aurait pas vu de différence. La seule condition morale est la conscience d'agir conformément à l'utilisation de la chose.

(1) V. *suprà*, p. 59.

Lorsque l'individu qui exploite directement la chose n'a aucune initiative et que seul celui pour qui il agit dirige, celui-ci seul est possesseur, car, par sa subordination absolue, le premier est comparable à une machine ou à un animal ne sera qu'un détenteur subordonné.

Qu'il y ait possesseur ou détenteur, il n'y a aucunement à s'en référer à un contrat ; ce sera dans l'exploitation même que le caractère distinctif apparaîtra. Un mandataire est tenu par les termes de son mandat de remettre aussitôt l'acquisition des marchandises qu'il doit acheter pour autrui. Bien plus, dès le marché conclu, les voitures conduites par des domestiques du tiers acquéreur sont là et un employé supérieur de celui-ci dirige le chargement. Le mandataire n'a pas la possession ; il est chargé de conclure un acte juridique. Il en serait ainsi chaque fois qu'il n'a aucune initiative pour le chargement ou la manipulation des marchandises.

Supposons, au contraire qu'il doive remettre les objets chez le mandant, sans que celui-ci lui donne d'autre ordre. Il sera possesseur. Le Code civil allemand n'a pu donner un critérium objectif, parce que le pouvoir de fait ne présente pas suffisamment de gradation.

Le transfert de possession se fera aussi bien matériellement que fictivement. Le constitut possessoire sera admis, sans qu'il y ait besoin d'une disposition spéciale. Un individu possède une chose pour lui-même, il s'engage à transférer sa possession et dans le contrat obligatoire, il déclare qu'il l'exercera pour l'acquéreur. Le possesseur conservera

son pouvoir de fait et surtout continuera à exploiter la chose mais l'acquéreur aura aussi la possession puisqu'il est de la destination économique d'être louée, prêtée, etc.

La théorie des vices de notre législation est beaucoup trop compliquée ; elle ne peut plus s'accorder avec la notion proposée. L'exploitation se révélera par des actes extérieurs ; sinon elle ne peut être. La clandestinité deviendra un élément exclusif de la possession et il en est de même pour l'équivoque.

Pour les motifs d'ordre public, la violence reste le seul vice de la possession, vice relatif et opposable seulement à l'auteur de la violence, à ses héritiers qui tiennent sa place (1) et à ses successeurs de mauvaise foi. Elle consistera, comme dans le droit allemand, dans le simple fait d'agir contre la volonté du possesseur, d'exploiter à son encontre la chose qu'il exploite lui-même et par là de le gêner. Le possesseur troublé ou dépossédé pourra intenter une action possessoire et réclamer la possession, c'est-à-dire la remise des choses en l'état antérieur qui permettait la seule appropriation dans des limites déterminées.

La possession cessera, lorsqu'elle sera impossible par la perte totale de l'objet, quand il ne sera plus susceptible d'aucune exploitation privée (1), ou lorsqu'il a physiquement disparu ; elle finira aussi pour un possesseur déterminé, lorsqu'il n'exploitera plus la chose suivant son but

(1) Les héritiers seront : les héritiers *a intestat* et les légataires universels qui ont droit à une quote-part ou à toute la succession.

économique ou, étant donné un changement de sa nature, il n'aura point modifié sa manière de procéder sur elle, dans la même mesure.

Le législateur moderne accordera sans doute d'une façon explicite le droit de légitime défense à celui qui est menacé dans ses biens.

Ce droit aura besoin d'être réglementé et très largement entendu. Si la loi ne s'en souciait point, la jurisprudence criminelle en serait souvent réduite à de misérables expédients et dépasserait le but ; on a vu des tribunaux et surtout des cours d'assises, acquitter des prévenus qui avaient outrepassé manifestement la légitime défense. Si une réglementation avait été prévue par la loi, ceux-ci auraient pu être condamnés non à de la prison, mais à des dommages et intérêts vis-à-vis de la victime ou ses ayants droit.

Le droit de repousser par la force toute atteinte à la possession doit être inscrit dans nos lois. Cependant il ne paraît point que l'application extensive du Code civil allemand soit agréée en France. Le droit de repousser par la force entraîne le droit de mettre à mort l'agresseur, alors que lui-même menaçait d'une perte très minime. Un individu entre dans un champ et foule l'herbe et il n'est aucun Français qui reconnaîtrait le droit de tuer celui qui trouble ainsi la possession. Il faudra que le [droit de repousser par la force ne permette que des actes nécessaires et en rapport avec le trouble. Au-delà il n'y aurait point délit criminel, mais délit civil, donnant naissance à une action en dommages-intérêts.

Il en sera de même pour le droit de reprise personnelle.

Pour la possession mobilière, l'article 2279 doit être fortement modifié. La règle qu'il exprime est une survivance du peu de valeur des meubles. Aujourd'hui que les titres au porteur, les actions sont devenus un des principaux facteurs de la richesse, il y a lieu de le modifier d'une façon complète (1). L'article 1006 établit une présomption que renverse la preuve contraire ; suivant les auteurs modernes, cet article présente des dangers suffisamment graves pour qu'il ne soit pas copié à la lettre (2). Il vaudrait mieux accorder à la présomption une force irréfragable vis-à-vis des tiers. Mais vis-à-vis du précédent propriétaire qui a perdu ou qui a été volé, la possession est inopposable et la revendication serait possible. Les possesseurs tenant leur droit de celui-ci pourront aussi revendiquer la possession. Il y aura dédoublement de l'action en revendication.

L'article 2279 devrait alors être rédigé d'une façon différente : « En fait de meuble, la possession fait présumer la
« propriété. La preuve contraire n'est permise que pour le
« précédent propriétaire et pour le cas où le possesseur actuel est de mauvaise foi.

« En cas de vol ou de perte involontaire, le propriétaire a
« le droit de revendiquer l'objet entre les mains de tout
« possesseur même de bonne foi pendant un délai de trois
« ans, à partir du jour de la perte ou du vol

(1) Le projet de loi établissant l'impôt sur le revenu permet d'imposer les biens mobiliers comme les immobiliers et efface encore une différence entre les meubles et les immeubles.

(2) V. Saleilles, *Poss. des meubles*, p. 105 et suiv.

« Dans les cas où la revendication de propriété est possible, les possesseurs qui tiennent leurs droits du propriétaire dépouillé peuvent revendiquer la possession, en se fondant sur la propriété de leur auteur. »

Quoi qu'il en soit, l'exemple de la Roumanie doit être salulaire. Après avoir adopté le Code civil français (1), ce pays a subi l'influence allemande et l'on voit aujourd'hui les Cours de justice appliquer nos textes à l'allemande. Demain ce pourrait être une interprétation à la française des théories allemandes ; il serait inutile d'avoir des lois nouvelles pour continuer à les interpréter comme les anciennes.

Réformons notre système possessoire, mais réformons-le à la française.

(1) Dissescou, *Influence du Code civil français en Roumanie, livre du centenaire*, II, p. 861.

Vu :

Le Président de la Thèse,
R. SALEILLES.

Vu :

Le Doyen,
CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
Théorie et législation.	1
Les législations de l'Empire allemand avant 1871.	6

Les théories d'école.

SAVIGNY. — <i>La théorie subjective</i>	
Définition de la possession	9
La possession issue du fait et ses avantages à Rome.	10
Interdits. — Leur fondement	12
Éléments constitutifs de la possession	13
Inconvénients du système. — Conclusion	16
JHERING. — <i>La théorie objective</i>	
La possession à Rome. — Ses conséquences.	21
Interdit et bénéficiaires de l'interdit.	22
L'élément constitutif de possession	24
La théorie de M. Saleilles.	27

LA POSSESSION DANS LE DROIT POSITIF

La notion de possession.

Le droit français et les législations dérivées.	29
Inconvénients.	33
Le droit prussien du Landrecht et le Code de Zurich.	35
Le Code civil allemand	37
Besitzwille	43
Possession pour autrui et à titre de propriétaire.	49
Possession de bonne foi	51
Nature de la possession.	52

Sur quoi porte la possession	58
Copossession	62

Possession médiate et détention subordonnée.

Le possesseur médiat dans le droit issu de Savigny	64
Code allemand.	66
Domaine de l'article 868	69
Nature de la possession médiate.	76
Détention subordonnée. — Sa définition légale.	78
Différence entre la détention subordonnée et la possession immédiate dépendant d'une possession médiate.	82
La suppression de la détention subordonnée dans la théorie purement objective.	84

Acquisition et perte de la possession.

Acquisition	87
Acquisition par l'obtention du thalsächliche Gewalt.	88
Les systèmes antérieurs.	96
Acquisition de la possession dérivée.	99
Tradition.	100
Rôle de la volonté dans la tradition	102
Constitut possessoire	103
Acquisition par représentant	105
Acquisition de la détention	107
Continuation et perte de la possession.	108
Renonciation à possession	110
Perte par autrui.	111

Possession vicieuse.

Théorie française	113
Précarité	114
Clandestinité	117
Violence.	120
Equivoque	123
Code civil allemand	123
Voie de fait illicite. — Sa nature.	123
La voie de fait licite par l'agrément du possesseur.	132
Analogie entre le vol et de la voie de fait illicite	134
Voies de fait autorisées par la loi. — Possession vicieuse enlevée par voie de fait	135
Nécessité. — Article 904	137

Caractère du vice du Code civil allemand. — Son intrans-	
missibilité.	141
Héritier	143
Successeur à titre particulier.	144

La protection possessoire. — Son fondement.

Premier projet allemand	148
Code civil de 1804	149
Code civil allemand	151
Utilité de la protection	152

Protection personnelle.

La protection personnelle dans le droit français.	155
Code civil allemand	159
Légitime défense. — Article 227, Code civil allemand. . .	161
Légitime défense contre les choses dans le droit allemand .	167
Reprise personnelle	171
Bénéficiaires de la reprise personnelle	175

Protection judiciaire.

Nature des actions possessoires	179
Droit français. Conditions générales.	180
Le système de la jurisprudence	183
Complainte	183
Dénonciation de nouvel œuvre	185
Réintégrande	186
Droit allemand.	192
Le non-cumul du pétitoire et du possessoire	196
L'article 232-2 ^a de la <i>Civil Process Ordnung</i> et l'article 25 du	
Code civil français.	199
Conditions.	201
Dérogation au non-cumul.	200
Bénéficiaires	203
Distinction entre le trouble et la dépossession	207

Protection spéciale de la possession mobilière en Allemagne.

Fondement de cette protection.	212
L'action en recherche et reprise de l'article 867. Conditions.	213
L'action en revendication de possession. Son but	216
L'action publicienne de Rome et du premier projet	218
Code civil actuel. — Conditions d'exercice.	220

Sujets de l'action	222
Dépouillement involontaire	223
Exceptions accordées au possesseur de bonne foi.— Propriété.	227
Exception de perte involontaire	231
Mauvaise foi du possesseur actuel.	232
Exception d'abandon volontaire.	234
Exceptions communes. — Mauvaise foi du possesseur antérieur et propriété.	239
Exceptions de la revendication de propriété.	241
La revendication dans le Droit français.	242

Conclusion.

Critique du système allemand.	245
Nouveau critérium.	247
Doit-on adopter la théorie allemande dans la revision du Code civil?	247
Critique du système français. Améliorations possibles. . .	250

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).
